Der Rechtsbegriff des Pfandrechts an Forderungen nach römischem, gemeinem und deutschem bürgerlichen Recht

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht

und mit Genehmigung derselben veröffentlicht

von

Alfred Thal

Referendar in Breslau

ACAD. LEOPOLDINA BIBL.

BRESLAU

VERLAG VON M. & H. MARCUS

1905

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau

Referent: Geheimrat **Leonhard**

Correferent: Professor Dr. **Beyerle**

Leonhard, Prodekan

Vorliegende Dissertation ist ein Teil meiner Abhandlung: „Die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit beim Pfandrecht an Forderungen", welche demnächst als Heft 15 der „Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts", herausgegeben von Dr. Rudolf Leonhard, ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau" im Verlage von M. & H. Marcus, erscheinen wird. Ein Inhaltsverzeichnis der ganzen Arbeit ist der Dissertation beigefügt.

Meinen Eltern

in Liebe und Dankbarkeit

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543101_0155

Inhalts-Übersicht.

Teil I.

Rechtsbegriff des Pfandrechts an Forderungen.

		Seite
§ 1.	A. Historische Grundlage	1
§ 2.	B. Dogmatische Grundlage	7
	C. Rechtliche Construktion	32
§ 3.	a) Theorie vom Recht am Recht	33
§ 4.	α) Theorie vom „dinglichen“ Recht am Recht	36
§ 5.	β) Theorie vom „persönlichen“ Recht am Recht	47
§ 6.	b) Successions-Theorien	52
§ 7.	α) Theorie der konstitutiven Succession	55
§ 8.	β) Cessionstheorien	60
§ 9.	aa) Theorie der bedingten Cession	67
§ 10.	bb) Theorie der cooptierenden Cession	69
§ 11.	cc) Theorie der eventuellen Verpfändung der res debita	73
§ 12.	dd) Theorie der materiell beschränkten Cession und Entwickelung der eigenen Ansicht	75

In der Abhandlung folgt sodann:

Teil II.

Rechtsbegriff und Wirkung der Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit bei obligatorischen Rechten.

§ 13.	A. Grundlage der römischen Confusionstheorie	
	B. Confusion obligatorischer Rechte nach gemeinem Recht:	
§ 14.	a) Tatbestand der Confusion	
§ 15.	b) Regulär rechtsvernichtende Wirkung der Confusion	
§ 16.	c) Die Confusion als Tilgungsgrund obligatorischer Rechte	

§ 17. d) Fälle, in denen die reguläre Confusionswirkung ausbleibt, und deren Begründung . . . . . .
§ 18. C. Die Confusion obligatorischer Rechte nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuchs

Teil III.

Wirkung der Vereinigung beim Forderungspfandrecht.

§ 19. A. Im Falle der Vereinigung von Pfandgläubiger und Verpfänder
§ 20. B. Im Falle der Vereinigung von Pfandgläubiger und Drittschuldner — Pfandrecht an eigener Schuld . . . .
§ 21. C. Im Falle der Vereinigung von Verpfänder und Drittschuldner — Relativität der Confusion . . . . . .

Die Zitierweise folgt den „Vorschlägen des Deutschen Juristentages für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken“, Berlin 1905.

Teil I.

Rechtsbegriff des Pfandrechts an Forderungen.

§ 1.

A. Historische Grundlage.

Pfandrecht, im allgemeinsten Sinne, ist das Recht, vermöge dessen der Berechtigte sich aus dem Gegenstande des Rechts für eine Kreditgewährung Befriedigung verschaffen darf. Es kann dem Gläubiger, der lediglich einen persönlichen Anspruch auf Leistung hat, nicht zugemutet werden, auf seine Befriedigung ohne alle Sicherstellung zeitweise zu verzichten. Er muß ein Unterpfand erhalten, das ihm die Erfüllung seines persönlichen Anspruchs gewährleistet. Die Sicherung wird aber für den Gläubiger nur dann eine zweckentsprechende sein, wenn er die Befugnis erhält, eine unmittelbare Herrschaft über den als Sicherheit gegebenen Vermögensgegenstand auszuüben, sodaß er unabhängig vom Willen des Schuldners sich aus demselben zu befriedigen vermag. Gegenstand des Pfandrechts sind daher zu allen Zeiten zunächst körperliche Gegenstände gewesen, die dem Gläubiger eine unmittelbare Einwirkung, unter Ausschluß Dritter, gestatten, weil eine entsprechende räumliche Beziehung zu ihnen vorhanden ist. Mit dem stetig wachsenden Verkehr jedoch hatte auch das gegenseitige Kreditbedürfnis sehr bald an Umfang gewonnen, sodaß eine Ausdehnung des Pfandrechts auf alle wichtigen Vermögensgüter gegeben war. Auch Rechte wurden den Zwecken pfandrechtlicher Sicherung dienstbar gemacht, sowohl dingliche als persönliche Rechte, vorzugsweise aber Forderungsrechte wegen ihrer besonderen vermögensrechtlichen Wichtigkeit.

Eine solchen Bedürfnissen entsprechende Entwicklung hat bei den Römern[1]), soweit die dürftigen Quellenzeugnisse reichen, etwa um die Mitte 2. Jahrhunderts der Kaiserzeit eingesetzt. Als erster Jurist, welcher der Verpfändung von Forderungen

[1]) Das ältere deutsche Recht hat, wie schon hier bemerkt sei, auf die Begriffsbildung keinen erkennbaren Einfluß ausgeübt. Maßgebend für die Beantwortung der Frage nach dem Vorkommen einer Verpfändung von Forderungen ist die Gestaltung des deutschen Pfandrechts zu jener Zeit, da es noch ohne die Einwirkung fremden Rechtes aus sich selbst heraus den Abschluß seiner nationalen Entwicklung gefunden hatte. In den Rechtsbüchern wird eine solche vertragsmäßige Verpfändung nirgends erwähnt. Auch in den sonstigen Rechtsquellen des dreizehnten, vierzehnten und fünfzehnten Jahrhunderts (vgl. besonders Magdeburger System. Schöffen-Recht, Stadtrechte von Freiberg, München, Augsburg, Brünn) kann eine „Satzung" von Forderungsrechten nicht nachgewiesen werden. Dagegen werden um diese Zeit Forderungsrechte als Gegenstand des Arrest- bezw. Exekutionsverfahrens erwähnt, das unter richterlicher Mitwirkung sich vollzog. Schöff. Urteile bei Wasserschleben, Deutsche Rechtsquellen, Giessen 1860, 102 cap. 182 und 226 cap. 72. Sachsenspiegel (Homeyer) I 54 § 1; Schwabenspiegel (Laßberg) 83, 178, 203; Glogauer Rechtsbuch cap. 66 bei Wasserschleben, 10; Magdeburger Fragen II, cap. 2, dist. 5 (Behrend); Kaiser Ludwigs Rechtsbuch von 1346, No. 146 (Freyberg 4, 439). Vielfach ergriff dieses Beschlagnahmerecht aber nur einen gewissen Teil der Forderung: wan so vil unde sin lon gereichet (Schwsp. 203), wan so vil so er sins gutes hat inne (Schwsp. 178), sinen zins, den her jarliches gebn sal (Ssp. 54 § 1). Zu dem Wahrscheinlichkeitsschlusse v. Meiboms, deutsches Pfandrecht, Marburg 1867, 414, daß Forderungsrechte, weil sie Gegenstand des Arrestes gewesen seien, auch hätten verpfändet werden können, sind wir aber nach Lage der Quellen nicht berechtigt. Bei deren Dürftigkeit ist es auch völlig ungewiß, ob durch die Beschlagnahme von Forderungen, die erst im Vollstreckungsstadium stattfand, gleich wie durch Satzung, ein wirkliches Pfandrecht erzeugt wurde. Gegen diese Annahme spricht u. E. der Umstand, daß — wie die Quellen lehren — nur fällige Schulden, Zinsrückstände u. s. w. der Exekution unterlagen. Die Verweisung des Klägers an die fällige Forderung seines Schuldners durch den Richter (Magdeburger Fragen II, 2, 5; Schöff. Urt. bei Wasserschleben I, cap. 182, S. 102: zo sal man czu dem virden dinge den cleger an das gelt weiszen vor seyne schult) soll ihm nicht sowohl erst Sicherheit, sondern soll ihm alsbald die gesuchte Befriedigung, unter Mitwirkung staatlich anerkannter Organe, verschaffen.

Was überdies die rechtlichen Beziehungen zwischen den an der Pfändung Beteiligten im Einzelnen betrifft, so lassen die Quellen uns völlig im Stich. Es können somit nach dem Stande der Quellen deutschrechtliche Elemente zum dogmatischen Aufbau der Lehre vom Pfandrecht an Forderungen für das Recht der Gegenwart nicht verwendet werden.

gedenkt, wird Pomponius genannt[1] [2]), der unter den Kaisern Hadrian, Antoninus Pius und Marcus Aurelius tätig war. Ist sonst auch über den Zeitpunkt seiner Entstehung nichts Näheres bekannt, so fallen die Anfänge des Forderungspfandrechtes jedenfalls in eine Zeit, in der durch die Tätigkeit der Prätoren zahlreiche Hemmnisse einer freieren Gestaltung des Rechtsverkehres beseitigt wurden. Wie die kaiserliche und prätorische Rechtsbildung es verstand, die civilrechtlich anerkannten Obligationen Verhältnissen dienstbar zu machen, auf die eine Ausdehnung ursprünglich nicht gegeben war, so zeigte sich ihr Wirken auch beim Schaffen eines Pfandrechts an der Forderung. Während aber sonst alle Schöpfungen prätorischer Rechtsbildung auf den alten, formstrengen Satzungen des Civilrechts fußten, dieses nur den veränderten Zeitverhältnissen anpassend, vollzog sich die Bildung des Forderungspfandrechtes jedenfalls nicht in Anlehnung an das civile Sachenpfandrecht, das um jene Zeit die letzte seiner Entwicklungsstufen längst erreicht hatte. Von dessen Formen hat keine dem neuen Rechtsgebilde als Vorbild gedient.

Was die fiducia anbelangt, so war diese ein Doppelgeschäft, in dem der Verpfänder die Pfandsache dem Gläubiger durch mancipatio oder in iure cessio zu Eigentum übertrug, letzterer aber sich durch das pactum fiduciae zur Rückübertragung an den Verpfänder bei Tilgung der Pfandschuld verpflichtete. Eine Forderung aber konnte weder durch mancipatio noch durch in iure cessio zu Pfandrechtszwecken übertragen werden[3]). Nach v. Salpius[4]) hätte nun zwar die fiducia insofern für das Forderungspfand können vorbildlich gewesen sein, als angeblich die Möglichkeit gegeben war, mittels novatio oder litiscontestatio eine Forderung dem zu sichernden Gläubiger fiduciae causa zu übereignen und demnächst — Tilgung der Pfandschuld vorausgesetzt — vermöge der actio fiduciae deren Neubegründung für den Verpfänder zu verlangen. Indessen findet sich in den Quellen

---

[1]) l 13 § 2 D XX, 1: Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

[2]) Vgl. Jörs, in Birkmeyers Encyclopädie, Berlin 1901, 86.

[3]) Gaius II § 38.

[4]) Novation und Delegation, Berlin 1864, 406 f.

einmal nicht der geringste Anhaltspunkt dafür, daß dies wirklich geschehen wäre; sodann aber konnte das pactum fiduciae nicht zu jedem beliebigen Vertrage als Nebengeschäft hinzugefügt werden; sein Hinzutritt zu einem Hauptgeschäft blieb vielmehr auf die Fälle der mancipatio und in iure cessio ausschließlich beschränkt[1]).

Auch der Faustpfandvertrag war nicht geeignet, als Verpfändungsform für das neue Rechtsgebilde zu dienen. Denn außer der formlosen Abrede, daß eine Sache als Pfand dienen solle, erheischte er noch die körperliche Hingabe der Sache an den Pfandgläubiger zu unmittelbarem Pfandbesitz. Es liegt aber auf der Hand, daß die körperliche Besitzeinräumung an einem nomen, als einer nicht im Raume, sondern nur in der Vorstellung vorhandenen, ideellen Größe schlechterdings nicht möglich war[2]). Zwar konnte eine Art von dinglicher Sicherheit, die indessen rein faktischer Natur war, dadurch erreicht werden, daß der Verpfänder die Schuldurkunde über eine Forderung dem Gläubiger „zu Pfande“ gab. Und mit der Hingabe solcher Urkunden zu Pfandzwecken muß in der Tat häufig genug operiert worden sein. Denn die Schriftlichkeit war um jene Zeit bereits für die allermeisten Rechtsgeschäfte fast durchgehends im Gebrauch[3]). Aber diese dem Gläubiger gebotene dingliche Sicherheit war eben nur eine scheinbare. Denn jene Schuldurkunden verkörperten nicht etwa, gleich den modernen Wertpapieren, die in ihnen verbrieften Rechte dergestalt, daß ihre Innehabung zur Ausübung des Rechtes genügte, wofern nur der Inhaber über die Urkunde dinglich zu verfügen berechtigt war. Sie waren lediglich Beweisurkunden und dienten zum Nachweise des Vorhandenseins einer Dahrlehns- oder Stipulationsschuld[4]). Wenn also die Schuld-

[1]) R. Leonhard, Institutionen, Leipzig 1894, 272, 296; Eck in d. Z. R. G. 9, 72 ff.; bes. Örtmann: Fiducia im röm. Privatrecht, Berlin 1890, 73 ff. Hellwig, die Verpfändung und Pfändung von Forderungen, Leipzig 1883, 2; Kleiner, Rechtliche Natur des pignus nominis, Breslau 1895, 16.

[2]) Gaius II § 28: incorporales res traditionem non accipere manifestum est; Huschke, de pignore nominis, Gottingae 1820, 14; Gaupp, de pignore nominis, Berolinae 1820, 31.

[3]) Pernice, M. A. Labeo, Halle a. S. 1873, 425.

[4]) Gaius III 134; Pauli Sententiae II tit. XXXI § 32.

urkunde dem Gläubiger zu besonderer Sicherheit gegeben wurde, so erwarb er weder ein Pfandrecht an ihr, noch ein Recht aus der Urkunde gegen den Verpflichteten. Er erhielt nur Beweismaterial für den Bestand der Forderung gegenüber dem Drittschuldner[1]) in die Hand. Gleichzeitig wurde dem Verpfänder durch Entziehung des Beweismaterials die Geltendmachung der verpfändeten Forderung unter Umständen erheblich erschwert. Ein Pfandrecht erlangte der Gläubiger demnach nicht schon durch Übergabe der Urkunde, sondern erst durch das besondere, auf die Verpfändung der Forderung selbst gerichtete Rechtsgeschäft[2]). Nicht die Urkunde, sondern das verbriefte Recht war dann eben Gegenstand des Verpfändungsgeschäftes. Dies änderte sich auch später nicht, als die Errichtung von Urkunden bei Abschluß eines Vertrages so zur Regel wurde, daß man z. B. die Urkunde über eine Schuld mit der durch sie bewiesenen Forderung gewissermaßen identificierte[3]). Es blieb in allen solchen Fällen Gegenstand des Geschäftes stets das in der Urkunde verbriefte Recht, nicht die darüber aufgenommene Urkunde[4]). Davon aber, daß die Schuldurkunde etwa als Symbol der Übergabe des nomen hätte dienen können, kann darum nicht die Rede sein, weil, was überhaupt nicht tradiert werden kann, auch nicht per symbolum

---

[1]) Zum Unterschied von dem persönlichen Schuldner des Pfandgläubigers wird der Schuldner in der verpfändeten Forderung fortan stets als „Drittschuldner“ bezeichnet werden, obwohl dies nur die Sprechweise der CPO., nicht auch diejenige des BGB. ist, das nur den Ausdruck „Schuldner“ verwendet.

[2]) Dagegen verlangen verschiedene Partikularrechte die Übergabe der Schuldurkunde als Formerfordernis der Verpfändung; vgl. Württ. Pfandgesetz art. 248: „Bei Verpfändung einer Aktivforderung vertritt die Einhändigung der Urkunde, womit die Forderung bewiesen wird, die Stelle der körperlichen Übergabe“; Old. Gesetz art. 26; Schweizer Obligationenrecht art. 215; Brem. Handfestenordnung v. 30. Juli 1860 §§ 122 ff. Nach dem sächs. BGB, § 502 und dem hess. Pfandgesetz art. 171 konnten Forderungen ohne Schuldurkunden überhaupt nicht verpfändet werden. Unverbriefte Forderungen sind verpfändbar nach l 18 D XIII, 17; § 288 ALR. I, 20; § 1280 BGB.

[3]) Vgl. Pernice, 425; dazu l 44 § 5 D de leg. I; l 59 D de leg. III; c 2 C VIII, 16.

[4]) Donellus, Commentarii iuris civilis, Lucae 1764, tom IX, 1079 ad c 2 C VIII 17: chirographis venditis aut legatis non tabulas chirographorum venditas aut legatas esse, sed nomen quod chirographo continetur.

kann tradiert werden[1]). Reden demnach die Quellen stets vom „pignus“ nominis, so ist damit nicht das pignus im engeren Sinne, der sogenannte Faustpfandvertrag, gemeint, sondern pignus bedeutet in dieser Wendung Pfandrecht schlechthin, Pfandrecht im allgemeinsten Sinne, als der „umfassendste Ausdruck für die Sicherung eines rechtlichen Interesses durch Haftung eines außerhalb desselben stehendes Wertes[2]).“

Aber auch die hypotheca, die vollkommenste Form des civilen Pfandrechts[3]), war als Verpfändungsform für Forderungsrechte nicht geeignet, obschon sie einerseits begrifflich nicht Realkontrakt und eine Besitzübertraguug bei ihr nicht erforderlich war[4]), andrerseits im Wege formlosen Vertrages schlechthin alles verpfändet werden konnte, was einen Verkaufswert in sich trug, quod emtionem venditionemque recipit[5]). Denn wenn damit auch die tatsächliche Möglichkeit vorhanden war, im Wege des formlosen, nur den Consens der Parteien voraussetzenden hypothekarischen Vertrages Forderungen zu verpfänden, so fehlte es doch an einem rechtlich anerkannten Mittel zur Durchführung des dem Pfandgläubiger eingeräumten Rechtes, es fehlte an einer tauglichen actio. Die hypothecaria in rem actio nämlich vermochte dem Forderungspfandgläubiger nichts zu nützen, da sie auf Erlangung der körperlichen Innehabung des verpfändeten Wertes gerichtet war, während Besitzerlangung an einer Forderung als einer nur in der Gedankenwelt vorhandenen Größe mangels räumlicher Beziehungen schlechterdings nicht möglich ist, quia nec possideri

---

[1]) Gesterding, Schuldverbindlichkeit als Objekt des Pfandrechts, Greifswald 1812, 16.

[2]) Manigk, Pfandrechtliche Untersuchungen, Heft I; Breslau 1904, 5, 7 f.

[3]) Das Wort „hypotheca“ wird im Folgenden lediglich in der Bedeutung des formlosen Pfandconsensualvertrages im Gegensatz zum pignus im engeren Sinne, dem Pfandrealkontrakt, verwendet. Darüber, daß dieses Vertragspfandrecht rein nationalen Ursprunges war, und über den Mangel eines bestimmenden Einflusses der griechischen Hypothek auf dessen Begriffsbildung vgl. jetzt Manigk, 59 Anm. 1, 101 ff.

[4]) l 9 § 2 D XIII, 7.

[5]) l 9 § 1 D XX, 1.

intellegitur ius incorporale[1]). Sollte dennoch der Verpfändung im Wege formlosen hypothekarischen Vertrages rechtliche Wirksamkeit zu Teil werden, so bedurfte es der Schaffung eines im ius civile noch nicht vorhandenen Rechtsmittels, der Einräumung einer actio utilis durch den Schutz des Prätors: quoties deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est[2]).

Daß dies Ziel tatsächlich auf dem angedeuteten Wege erreicht wurde, sprechen die Quellen klar und deutlich aus: Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio[3]). Rechtlicher Schutz und rechtliche Wirksamkeit wurde also der conventio de pignore nominis erst durch das Eingreifen des Prätors zu Teil, der dem Pfandgläubiger, gestützt auf das Ansehen der respondierenden Juristen, eine actio utilis im Edikt proponierte[4]). Dadurch wurde der Pfandgläubiger auch rechtlich in Stand gesetzt, die ihm verpfändete Forderung einzuklagen, um sich aus ihr wegen der Pfandforderung zu befriedigen.

§ 2.

B. Dogmatische Grundlage.

Wenn also Jemand seinem Gläubiger eine Forderung verpfändete, so erhielt dieser Pfandvertrag rechtliche Wirksamkeit erst durch die Proponierung einer actio utilis im Edikt; er galt nicht ipso iure, sondern per tuitionem praetoris. Bevor wir aber die Rechtsnatur jener actio utilis festzustellen vermögen, ist noch zu prüfen: was ist eigentlich Gegenstand des Verpfändungsgeschäftes?

Unter nomen versteht die römische Rechtssprache jede noch unerfüllte Verbindlichkeit des Schuldners, jede ausstehende Forderung des Gläubigers[5]). Ist nun bei der Verpfändung einer Forderung die Absicht der Parteien sicherlich in letzter Linie

---

[1]) l 4 § 27 D XL, 3. Vgl. Donellus, tom. IX, 1079 ad c 4 C VIII 17 Ziffer 1; Bachofen, Das römische Pfandrecht, Bonn, 1847, 79; Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts, Leipzig 1860 und 1864, I, 464 zu II; Hellwig, 2; Kleiner, 18.

[2]) l 21 D XIX, 5.

[3]) l 18 D. XIII, 7; vgl. auch l 20 D XX, 1; c 7 C IV, 39; c 4 C VIII, 17.

[4]) Hellwig, 4.

[5]) Gesterding, Schuldverbindlichkeit, 10.

auf die Verhaftung des geschuldeten Gegenstandes gerichtet als desjenigen Vermögensobjektes, aus dem im Endergebnis die Befriedigung des Pfandgläubigers gesucht werden soll, so liegt es nahe, den Leistungsgegenstand implicite als mit verpfändet zu betrachten. Ist dies auch in der Tat behauptet worden[1]), so zeigt sich doch zwischen der Verpfändung eines nomen und derjenigen einer res debita ein nicht allein theoretischer, sondern für den Pfandgläubiger auch sehr praktischer Unterschied.

Bei der Verpfändung eines nomen nämlich ist Gegenstand der Verpfändung die noch unerfüllte Verbindlichkeit des Schuldners; es erwirbt also der Pfandgläubiger mit Abschluß des Pfandvertrages sogleich ein Anrecht auf die künftige Leistung der res debita als des Gegenstandes der verpfändeten Forderung; es tritt also hinsichtlich dieser alsbald eine pfandrechtliche Gebundenheit ein.

Wird hingegen der Leistungsgegenstand verpfändet, also ein dem Verpfänder selbst noch fremder, von ihm erst zu erwerbender Vermögenswert, so tritt die Wirksamkeit des Pfandvertrages erst dann in Kraft, wenn jener Gegenstand infolge der Leistung des Schuldners in das Eigentum des Verpfänders wirklich auch übergeht[2]). Bei Verpfändung einer res debit handelt es sich demnach stets um eine suspensiv bedingte Verpfändung[3]). Ist also die Forderung selbst Gegenstand des Pfandvertrages, so hätte an sich die hypotheca sehr wohl als Begründungsform für seinen Abschluß dienen können; nur hätte dem Pfandgläubiger die zur Verwirklichung gegebene actio hypothecaria nichts genützt, da sie auf körperliche Inhabung des Pfandobjektes gerichtet war. Bedurfte es sonach der Schaffung eines neuen Rechtsbehelfes, der Proponierung einer actio im Edikte seitens des Prätors, um dem Verpfändungsvertrage auch rechtliche Wirksamkeit zu verleihen, so kommt es nunmehr auf die Feststellung der rechtlichen Beschaffenheit dieser actio utilis an. Es entsteht die Frage: haben wir es mit einer actio in rem oder einer actio in personam

---

[1]) Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts, Halle 1836, 140. Donellus, de pign. et hypothecis cap. VII 20; tom. VI, 904; Huschke, 20 wenigstens für Forderungen auf Sachleistung.

[2]) Aliena res utiliter potest obligari sub conditione, si debitoris facta fuerit l 16 § 7 D XX, 1.

[3]) Huschke 20; Gaupp 37; Gesterding, Schuldverb. 11.

zu tun? Ist der über die Forderungsverpfändung abgeschlossene Vertrag ein dingliches oder ein obligatorisches Rechtsgeschäft? Denn die Beschaffenheit eines Anspruchs und der zu seiner Verfolgung gewährten Klage ist u. E. der Prüfstein für die Natur des der Klage zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses. Die Einteilung der Ansprüche in dingliche und persönliche beruht grade auf der Verschiedenheit der Rechte, zu deren Schutze sie im Einzelnen bestimmt sind[1]). Die Beantwortung jener Frage ist also auch für die rechtliche Konstruktion des Forderungspfandrechtes von besonderer Bedeutung.

Mangels jeder näheren Bezeichnung in den Quellen ist nämlich die Möglichkeit vorhanden, die neue Klage aufzufassen entweder als utilis in rem hypothecaria, nämlich als eine der dem gewöhnlichen Pfandgläubiger zustehenden nachgebildete, also jedenfalls dingliche Klage, oder aber als utilis in personam actio, nämlich als eine der dem Verpfänder gegen seinen Schuldner zustehenden nachgebildete, mithin persönliche Klage.

Aus den einschlägigen Quellenstellen ist eine unmittelbare Beantwortung der aufgeworfenen Frage zunächst gar nicht zu erholen.

Seit Alters ist daher zu Gunsten der einen oder der andern Auffassung der lebhafteste Streit geführt worden: et utraque sententia viros haud contemnendos auctores et fautores habuit, ita tamen, ut quoque fere tempore ii qui pro hypothecaria starent et numero et auctoritate inferiores essent[2]).

Bereits die ältesten Rechtsgelehrten nach Wiederaufleben des Studiums des römischen Rechts sprechen sich für die persönliche actio utilis aus[3]). Die Glosse schwankt; sie erklärt sich

---

[1]) Zu beachten ist allerdings, wie R. Leonhard, Allgem. Teil 200 hervorhebt, daß die dinglichen Ansprüche sich nicht durchweg mit dem dinglichen Rechte decken, da dieses „sämtliche Ansprüche gegen die Verletzer seines Inhalts in sich schließt und außer den Beziehungen zu Mitmenschen auch noch Beziehungen zu dem Herrschaftsgegenstande selbst umfaßt". Bei den persönlichen Ansprüchen ist dieses Deckungsverhältnis aber vorhanden. Erschöpft sich ein Recht in bestimmten Befugnissen gegenüber einer bestimmten Person, so ist das Recht ein persönliches.

[2]) Huschke, 44.

[3]) Azo, Summa in Codicem, Basileae 1572, de pignoribus et hypothecis VIII, 14 n. 9. Bartholomäus de Saliceto: In VII—IX Codicis liberos Venetiis 1574 pag. 121; nach dessen Angabe l. c. auch Roffredus.

bald für die dingliche[1]), bald für die persönliche Klage[2]). Cujacius entscheidet sich, obwohl auch er sich einmal für die persönliche Klage erklärt[3]), dort, wo er es mit Gründen tut, für die hypothecaria utilis[4]). Alle späteren Schriftsteller aber nehmen fast ausschließlich Stellung gegen Cujacius und sprechen sich für die persönliche Klage aus[5], [6], [7]).

In der Tat lassen sich gegen die Annahme einer hypothecaria utilis eine Reihe durchschlagender Gründe ins Feld führen.

Bereits Donellus l. c. führt gegen ihre Anwendbarkeit an, daß sie possessionem pignoris avocat; nomen autem ius est cuius

[1]) Accursius ad l 13 § 2 D XIII, 7: scilicet: hypothecaria.

[2]) Ders. ad c 4 C VIII, 17: quas habebas directas contra tuum debitorem. Unbestimmt ist auch Gothofredus ad l 20 D XX, 1.

[3]) Opera omnia Neapoli 1758, ad c 6 C IV, 39; tom. IX, 368.

[4]) ad l 18 D XIII, 7; tom. V, 424.

[5]) Donellus, ad c 4 C VIII, 17: tom. IX 1079. Ders. de pignoribus et hypothecis, cap. VIII, 4: tom. VI 908.

Perez, In Codicem, Amstelodami 1671, altera pars, C VIII, 17 ad I pag. 45. Anton Faber, Coniect. iur. civ. libri, Lugduni 1591, liber VIII cap. 16, col. 112; lib VIII cap. 17, col. 116. Voet, Comment. ad Pand., Coloniae Allobrogum 1769, lib. 20, tit. I, num. 17.

Erxleben: Principia de iure pignorum et hypothecarum, Götting. 1779, § 138; Glück XIV § 863 Anm. 70; Mühlenbruch, Lehre von der Cession der Forderungsrechte, Greifswald 1812, § 52.

Sintenis, Pfandrechtl. Streitfragen, Zerbst und Leipzig 1835, 7 ff.: Handbuch 148 ff.: Gesterding, Schuldverb. 34 ff.; Huschke 17, 44 ff.: Bachofen, 79 Anm. 3; v. Keller, Pand. Leipzig 1866/67, 201; Windscheid, Pand. Düsseldorf 1875, § 239 Anm. 10: Dernburg, Pfandr. I, 462, Anm. 2: Puchta, Pand. Leipzig 1877, II § 250: v. Vangerow, Pand. Marburg und Leipzig 1869, I § 369 Anm. 1: Sohm, Lehre vom subpignus, Rostock 1864, 43, 47; v. Salpius, 407; Eberhard, Die Verpfändung von Forderungen, Berlin 1867, 16 ff; Hellwig, 31 ff.: Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs, Leipzig 1873, 192.

[6]) Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjecte, Leipzig 1867, 110, 211 giebt beiden Klagen statt, und zwar wendet er die hypothecaria als Feststellungsklage auf Anerkennung des Bestehens des Pfandrechtes an, während er die persönliche Klage auf Leistung gegen den Drittschuldner gibt.

[7]) Trotsche, Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers, Quedlinburg 1834, 79 endlich folgt der Ansicht des Cujacius: er faßt das jus exigendi als eine „bloße Fortbildung" des dem Pfandgläubiger überhaupt zustehenden iuris possidendi auf, als „billiges Äquivalent für dieses bei der pigneratio nominis direkt unanwendliche Recht". Lediglich Billigkeitserwägungen lassen ihn also für die hypothecaria utilis sich entscheiden.

nulla est possessio. Ziel der hypothecaria, auch als utilis, sei stets körperliche Besitzerlangung am Pfandobjekt; diese sei an einer unkörperlichen Sache nicht möglich; folglich stehe sie auch dem Forderungspfandgläubiger nicht zu.

Huschke, 45 stützt sich mit Recht auf das Argument des Paullus l. 18 D XIII, 7: in nomine exigendo creditorem a praetore tueri diserte ait; exigitur autem nomen non in rem actione, sed personali[1]).

Eberhard § 3 und Kleiner, 33 gehen sodann von dem pfandrechtlichen Grundsatze aus, daß nach l. 3 § 1 D XX, 1 non plus habere creditor potest, quam habet, qui pignus dedit, und wenden denselben auf das Verhältnis der Klagen an: der Verpfänder des nomen habe gegen seinen Schuldner nur eine persönliche Klage; wie solle daher der Pfandgläubiger ein stärkeres Recht, als jener habe, erhalten, nämlich eine dingliche Klage?

Gegen sie spricht endlich die Erwägung, daß der Schuldner in der verpfändeten Forderung „ohne sein Zutun doppelt obligiert" würde, durch eine persönliche Klage, und später durch eine dingliche Klage[2]).

Die rechtliche Natur der dem Forderungspfandgläubiger gegebenen actio utilis ergibt sich aber auch aus den Quellen selbst.

In zwei Rescripten des Kaisers Diocletian nämlich wird die Klage des Forderungspfandgläubigers zu der Klage des Käufers einer Forderung in unmittelbare Beziehung gebracht. Gelingt es, die Art dieser Beziehung festzustellen, so werden auch Anhaltspunkte für die Beurteilung der rechtlichen Natur unserer actio utilis gewonnen sein.

Wenden wir uns zunächst dem in c. 8 C IV, 39 enthaltenen Rescripte zu, so liegt dem folgender Tatbestand zu Grunde[3]).

A hat eine Forderung, zu deren Sicherung ihm sein Schuldner B irgend welche Gegenstände verpfändet hatte, an einen dritten C käuflich abgetreten. Die Pfandsachen, welche dem C von A bei der Veräußerung mit übergeben worden waren, sind dem C

---

[1]) Ulpian l. 15 § 10 D XLII, 1 .... exigentque id quod debetur.

[2]) Sintenis, Handbuch, 131 f.; Streitfragen, 20.

[3]) ex nominis emptione dominium rerum obligatarum ad emptorem non transit, sed vel in rem suam procuratori facto vel utilis secundum ea quae pridem constituta sunt exemplo creditores persecutio tribuitur.

nach Fälligwerden der abgetretenen Pfandforderung abhanden gekommen, und er frägt nunmehr an, ob er diese verlorenen Gegenstände nicht durch Vindikation wiedererlangen könne[1]).

Die dem Fragesteller erteilte Antwort geht nun dahin, daß er die Pfandgegenstände naturgemäß nicht vindicieren könne. Denn, so führt das Rescript aus, auf Grund des Kaufes einer Forderung geht das Eigentum an den verpfändeten Gegenständen auf den Käufer unmöglich über. Vielmehr kann er nur dieselben Rechte geltend machen, wie der Urheber seines Rechts, entweder nämlich als procurator in rem suam, wenn er sich dazu hat bestellen lassen, oder, wie es schon lange Rechtens geworden, vermöge einer actio utilis nach Analogie derjenigen des Gläubigers, dem eine Forderung verpfändet worden ist.

Die Worte creditoris exemplo sind nämlich, wie dies schon Donellus[2]) ganz richtig hervorgehoben, nicht zu beziehen auf den ursprünglichen Gläubiger, den Verkäufer des nomen[3]), sondern die Worte können nur bedeuten: nach Analogie des Pfandgläubigers ad similitudinem eius cui nomen pignori datum est[4]). Daß diese Auslegung der Stelle die sinngemäße ist, ergibt sich aus Folgendem. Einmal pflegen die Römer in der Regel den Pfandgläubiger mit creditor zu bezeichnen[5]). Sodann aber ist die Ausdrucksweise: exemplo, ad exemplum, wie Salpius unter Beibringung eines umfangreichen Quellenmaterials in überzeugender Weise nachgewiesen hat[6]), bei den Römern die völlig technische Bezeichnung für den in ihrer Rechtsbildung so bedeutsamen Begriff der juristischen Analogie.

Letzterer bedeutet, daß ein längst anerkannter Rechtssatz auf ähnliche Rechtsverhältnisse Anwendung finden soll, die erst

---

[1]) Nur in dieser Weise kann der Fall gelegen haben; denn schwerlich dürfte sonst C zu der aus dem Rescripte sich ergebenden Frage Veranlassung gefunden haben. Vgl. auch Hertz, Die actio utilis des Forderungspfandgläubigers und Cessionars, Breslau 1899, 8.

[2]) Donellus, tom. VIII. pag. 832.

[3]) So: Glosse ad h. l.; v. Savigny, Obligationenrecht, Berlin 1851 ff., I, 249; Windscheid, Actio des röm. Civilrechts, Düsseldorf 1856, 131, 194; Vangerow III § 575. Anm. 2.

[4]) v. Salpius, 411; Hellwig, 32; Hertz, 8.

[5]) l 13 pr., l 24 D XIII, 7; l 3 § 1, l 1 § 1 D XX, 1 u. a. m.

[6]) Salpius, 411 ff.

die Entwicklung des Verkehrslebens mit sich gebracht hat, und auf die eine Ausdehnung jenes Rechtssatzes ursprünglich nicht gegeben war. Der neue Rechtsbehelf, die neu geschaffene Klage, wird auf das exemplum älterer zurückgeführt.

Wie aber ein Vergleich aller von Salpius beigebrachten Quellenzeugnisse lehrt, ist es völlig ausgeschlossen, daß zwischen der actio directa des ursprünglichen Gläubigers und der actio utilis des Käufers der Gesichtspunkt juristischer Analogie durchgreifen kann. Beide Klagen stehen grade im Gegensatz zu einander [1]).

Finden sich also solche Berührungspunkte, wie sie beim Verhältnis der juristischen Analogie gegeben sind, zwischen der Klage des Veräußerers und derjenigen des Käufers nicht vor, so kann das angedeutete exemplum nur eine andere, ältere actio utilis von ähnlicher Beschaffenheit sein, und dies ist, wie auch die vorangehende Quellenstelle zeigt, die Klage des Forderungspfandgläubigers.

Wird nun unter Analogie die Ausdehnung von Rechtssätzen auf verwandte Rechtsverhältnisse verstanden wegen innerer Gleichheit des Grundes, so ist der zwischen beiden Klagen obwaltende Berührungspunkt der, daß in diesem wie in jenem Falle jemand ein ihm fremdes Forderungsrecht zur eigenen Ausübung erworben hat und es im Klagewege zur Durchführung bringen will, nur daß der Zweck des rechtsgeschäftlichen Erwerbes in beiden Fällen ein verschiedener war.

Daß aber wirklich die actio utilis des Forderungskäufers eine der actio utilis des Forderungspfandgläubigers nachgebildete, analoge Klage ist, ergibt das zweite, in c 7 C IV, 39 enthaltene Diocletianische Rescript [2]).

Die u. E. sinngemäße Auslegung desselben ist unter Zugrundelegung der Krüger'schen Lesart [3]) die folgende [4]):

Nachdem man dahin gekommen ist, auch Schuldurkunden zu verpfänden und, wie dem Pfandgläubiger, so auch dem Käufer

---

[1]) Gesterding, Schuldverb. 37; Hellwig, 32; Hertz, 6.

[2]) postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emptori, sic — ut responsum est — vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.

[3]) Krüger, Kr V J Schr. 16, 115.

[4]) Vgl. G. Kretschmar, Secum pensare, Giessen 1886, 108; Hertz 9.

einer Forderung actiones utilis zu geben, so schien es ganz in der Ordnung, nach stattgehabtem Verkauf einer Forderung nicht nur dem Käufer, sondern auch dem Pfandgläubiger — vel ipsi creditori —, dem der Käufer diese Forderung weiter verpfändet hatte, eine actio utilis zu gewähren. Nur so wird die Steigerung verständlich, die durch die Worte vel ipsi creditori zum Ausdruck gebracht wird. Das Rescript geht von der Forderungsverpfändung als dem ersten Entwicklungsstadium aus, was aus dem postquam eo decursum est folgt, und geht zum Forderungskauf als dem zweiten Stadium über. Das Verhältnis beider zu einander, das die Verpfändung als historisches prius dem Verkaufe gegenüber ergibt, wird als bekannt vorausgesetzt. Das post nominis venditionem führt dann den Übergang zum dritten Stadium ein und bringt das neue factum in dem Entwicklungsgange. Wie dem Käufer, so soll auch dem Pfandgläubiger der vom Käufer weiter verpfändeten Forderung eine Klage gegeben werden; sie soll dem einen in gleicher Weise wie dem anderen (ut-sic) zustehen. Dies ist das novum in der Kette und zugleich die Steigerung, die ihrerseits ein analoges Verhältnis als bereits feststehendes factum zur Voraussetzung hat. Und dieses factum ist, wie der Zusammenhang lehrt, daß der Forderungskäufer seinerseits eine utilis actio erhalten hat, und zwar in Analogie derjenigen, die dem Forderungspfandgläubiger schon vordem gegeben worden war[1]).

Daß aber die Klage des Forderungspfandgläubigers in der Tat das exemplum für diejenige des Forderungskäufers abzugeben im Stande war[2]), dafür spricht die zeitliche Reihenfolge, in der beide Klagen in den Quellen erscheinen.

Sahen wir, daß die Klage des Forderungspfandgläubigers noch in den letzten Decennien des 2. Jahrhunderts vom Prätor muß proponiert worden sein, so fallen die Nachrichten von der Klage des Forderungskäufers in eine erheblich spätere Zeit. Gegen ihre Proponierung zu Beginn des 3. Jahrhunderts spricht einmal ein Rescript von Severus und Caracalla aus dem Jahre 201, nach welchem dem Käufer einer Forderung nur deshalb eine Klage

[1]) In demselben Sinne wird übrigens exemplo creditoris auch in l 2 D XX, 1 gebraucht; vgl. auch v. Salpius, 413.

[2]) Vgl. auch v. Salpius 408; Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, Jena 1882, 200.

gegeben wird, weil er sich hat zum procurator in rem suam bestellen lassen[1]). Dagegen sprechen ferner die beiden in c 1 C VIII, 41 (42) i. f. und c 3 C IV, 39 enthaltenen gleichlautenden Rescripte vom Jahre 223: nominis venditio et ignorante vel invito eo adversus quem actiones mandantur contrahi solet

Erst durch Rescript vom Jahre 224 wird dem Erbschaftskäufer zur Geltendmachung der Erbschaftsforderungen neben der actio mandata die actio utilis gegeben[2]), und nach einem Rescript der Kaiser Valerian und Gallienus kann die Entwicklung als schon im Jahre 260 p. Chr. vollendet angesehen werden[3]), indem die Klage des Forderungskäufers bereits als Original für eine andere, analoge Klage zu dienen bestimmt wird.

Liegt sonach die Entstehungszeit der actio utilis des Forderungspfandgläubigers gegenüber derjenigen des Forderungskäufers auch nur um wenige Jahrzehnte zurück, so genügt doch dieser zeitliche Unterschied, um unsere Annahme von dem Verhältnisse beider Klagen zu einander vom historischen Standpunkte aus zu stützen.

Der Entwicklungsgang erscheint uns aber auch ein ganz naturgemäßer zu sein. Die römische Rechtsentwicklung ist keine willkürliche und sprunghafte gewesen, sondern ist systematisch fortgeschritten, von engeren Verhältnissen ausgehend, auf weitere übergreifend.

Ist aber die Forderungsverpfändung nichts weiter als die Ausübung der verpfändeten Forderung zu eigenem Vorteil, beschränkt durch die Zwecke pfandrechtlicher Sicherung, so erscheint es ganz verständlich, daß die Römer zur Durchführung eines nur zu Pfandrechtszwecken übertragenen und durch sie beschränkten Rechts weit eher ein geeignetes Klagemittel gewährten, als zur Durchführung eines unumschränkt übertragenen, dem Erwerber zu vollem Rechte zustehenden Forderungsrechts.

Nach alledem ergibt sich jedenfalls das Eine aus der bisherigen Untersuchung mit zwingender Notwendigkeit: Wenn dem Forderungspfandgläubiger zwecks Ausübung seines Pfandrechts gegenüber dem Drittschuldner eine Klage von gleicher rechtlicher Beschaffenheit gegeben wird wie diejenige des Käufers einer

[1]) c 1 C V, 58.
[2]) c. 5 C IV, 39.
[3]) c 2 C IV, 10.

Forderung, letzterer aber sein Forderungsrecht nicht anders, als mittels persönlichen Schuldklage geltend zu machen im Stande ist, so kann auch die dem Forderungspfandgläubiger gegebene Klage nur eine utilis actio in personam sein.

Hat also letzterer keine dingliche, mithin auch keine der actio in rem hypothecaria nachgebildete Klage, so ist auch das der Klage zu Grunde liegende Rechtsverhältnis kein dingliches; wir haben es also beim Forderungspfandrecht auch nicht mit einem dinglichen Pfandrechte zu tun. Dient es trotzdem Pfandrechtszwecken, so ist es lediglich ein Pfandrecht in weiterem und allgemeinem Sinne, ein Recht, zur Sicherung und Befriedigung der eigenen Forderung eine fremde Forderung mittels persönlicher Klage für sich geltend zu machen.

Gehen wir nunmehr auf den materiellen Inhalt des Verpfändungsgeschäftes ein, so kann es sich für uns nur um eine Klarstellung derjenigen Punkte handeln, aus denen eine bestimmte theoretische Auffassung vom Forderungspfandrechte gewonnen werden kann. Es kommt hierbei in erster Linie auf das Rechtsverhältnis an, das sich für den Pfandgläubiger aus der Einziehung des Leistungsgegenstandes in der verpfändeten Forderung ergibt[1]).

---

[1]) Das ius vendendi scheidet aus dem Kreise der Untersuchung aus, da es einmal im BGB keine Aufnahme gefunden hat, sodann auch im gemeinen Recht seine Geltung äußerst bestritten war. Die Literatur ist eine zahlreiche. Vgl. Donellus: de pignoribus et hypothecis, cap. VIII No. 3 und 4, tom. VI, 906—908; Anton Faber, conc. lib. VIII, 16; Trotsche 79; Bekker, KrVJSchr. 6, 481; Huschke 43; Gaupp 101; Gesterding 31; Sintenis, Handbuch 147; Dernburg, Pfandr. I, 465; Bremer, 211 ff.; v. Keller § 201; Vangerow § 368 Anm. 1; Pernice I, 426; Puchta 254; Windscheid I, § 239 Anm. 2.; Sohm 48, 85; Eisele im Arch Civ.Prax. 65, 117 und in Jherings J. 25, 298 ff.; Wendt in Jherings J. 29, 62; Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung, Wien 1868, 52, Anm. 107; Schuppe, Begriff d. subjektiven Rechts, Breslau 1887, 256; Schumann, Konstruktion u. Streitfragen d. pignus nominis, Halle 1893, 51 ff.; Wittelshöfer, Pfandrecht an einer Forderung, Erlangen 1871, 47; Örtmann im Arch. Civ. Prax. 81, 102 fg. Unsere Ansicht von der Sache ist kurz die: In den gewöhnlich angeführten Quellenstellen l 15 § 10 D XLII, 1 und c 7 C IV, 39 findet das Verkaufsrecht keine Stütze. Im wesentlichen übereinstimmend: Eberhard, 31f,; Exner, 164 ff.: Hellwig, 161 ff.: Demelius, Pfandrecht an beweglichen Sachen, Wien und Leipzig 1897, 257; G. Kretschmar, 108 f. Die Folgerung, daß die Verkaufsbefugnis als naturale jedem Pfandrecht

Ist nach Eintritt der Realisierungsbefugnis des Pfandgläubigers die Einziehung des Schuldobjektes mittels der actio utilis erfolgt, so unterscheiden die Quellen: si nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis; si vero corporis alicuius id quod acceperis erit tibi pignoris loco[1]).

Die Wirkungen, die in letzter Linie an die Einziehung des Leistungsgegenstandes geknüpft werden, sind also verschieden, je nachdem die Forderung auf Hingabe von Geld oder anderer körperlicher Gegenstände gerichtet war. Der durch die Worte: secum pensare und pignoris loco esse zum Ausdruck gebrachte Gegensatz der beiden Fälle bezieht sich aber nicht auf die Art des gemachten Rechtserwerbes, sondern auf die Art und Weise, wie der Forderungspfandgläubiger mit den eingezogenen Leistungsgegenständen zwecks Tilgung der Pfandschuld verfahren soll, also auf das Verhältnis nach erfolgtem Rechtserwerb. Daß die Art und Weise der Verwertung sich von einander abweichend gestaltet, findet seine Erklärung darin, daß Geld, als der wirtschaftlich allgemein anerkannte Wertmesser, schon das vollkommenste Befriedigungsmittel darstellt, dessen weiterer Nutzbarmachung es nicht mehr bedarf, während der eingezogene körperliche Gegenstand im Wege eines besonderen Verfahrens erst in Geldeswert umgewandelt werden muß.

Gestaltet sich sonach im Endergebnis das Rechtsverhältnis verschieden je nach der Art des Leistungsgegenstandes, so entsteht die Frage, ob auch die Art des sich vollziehenden Rechtserwerbes in jedem der Fälle eine verschiedene oder ob sie dieselbe ist, gleichgültig, ob der Drittschuldner zur Leistung von Geld oder individuellen körperlichen Gegenständen verpflichtet war.

Diese Frage ist nicht immer übereinstimmsnd beantwortet worden. Während einerseits[2]) unbedingte Gleichheit in der Art

---

innewohne, und daß sie mangels Ausschlusses im Wege gesetzlicher Bestimmung auch für das Forderungspfandrecht anzunehmen sei, ist unrichtig. Das ältere römische und ältere deutsche Recht z. B. haben den Pfandverkauf nicht gekannt. Daher kann das Verkaufsrecht nur gelten 1. kraft besonderer Vereinbarung oder 2. wo etwa seine gewohnheitsrechtliche Geltung nachweisbar ist.

[1]) l 18 D XIII, 7; l 13 § 2 D XX, 1.

[2]) Hellwig, 178; Eberhard, 33.

des Rechtserwerbes behauptet wird, indem man davon ausgeht, daß die juristische Konstruktion des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Drittschuldner bei sonst gleicher Sachlage unmöglich könne verschieden sein, vermag nach anderer Ansicht[1]) sich dieser Rechtserwerb sehr wohl verschieden zu gestalten, und in der Tat wird solche Verschiedenheit auch von der herrschenden Ansicht angenommen[2]).

Zur Klarstellung bedarf es einer Betrachtung beider Fälle im Einzelnen.

I.

War die verpfändete Forderung auf eine Geldzahlung gerichtet, so wird, wie dies die Quellen zum Ausdruck bringen, der Pfandgläubiger das eingezogene Geld bei sich aufwägen, bei sich verrechnen — exacta ea secum pensaturum, exactam pecuniam tecum pensabis[3]). Ist nun die Art des Rechtserwerbes für den Pfandgläubiger bestritten, so steht doch mindestens soviel fest, daß das secum pensare, wie dies das futurum zum Ausdruck bringt, als ein von dem exigere der nummi rechtlich zu sondernder, von ihm jedenfalls ideell verschiedener Vorgang zu erfassen ist. Grade diesen Akt aber, durch den der Pfandgläubiger sich erst Befriedigung wegen der Pfandforderung verschafft, heben die römischen Juristen als das „praktische Moment“[4]) ausschließlich hervor. Was mit der Perception der nummi für den Pfandgläubiger Rechtens wird, darüber geben sie keinerlei Auskunft.

Nicht beizupflichten ist jedenfalls der Annahme, daß schon mit der Perception der nummi die Tilgung der Pfandschuld sich vollziehe[5]). Von den zum Nachweis hierfür beigebrachten Quellenstellen nämlich besagt die eine[6]) lediglich, daß beim Pfandverkauf eine Befreiung des persönlichen Schuldners und damit die Tilgung der Pfandforderung erfolge, sobald der Pfandgläubiger, was ihm geschuldet werde, „zurückerhalten“ habe —

[1]) G. Kretschmar, 87.

[2]) Exner, 156; Dernburg, Pfandr. I, 467; Sintenis, Handbuch 156 ff.; Gesterding, Schuldverb. 26 fg.; Huschke, 41 fg.; Windscheid, Pand. I. § 239.

[3]) l 13 § 2 D XX, 1; l. 18 D XIII. 7.

[4]) Dernburg, Pfandr. I, 468.

[5]) So: Hellwig, 177.

[6]) l 26 D XLVI, 3.

receperit, nicht perceperit, wie bei Hellwig l. c. zu lesen. Auch die andere Stelle[1]) trifft, wie die dort aufgeworfene Frage lehrt, nicht den allein hier interessierenden Gegensatz von percipere und secum pensare pecuniam. Sie bezieht sich grade auf den gewöhnlichen Fall, daß Perception und Verrechnung in einem, wenigstens äußerlich einheitlichem Akte sich vollzieht[2]). Auf das ideelle Auseinanderfallen beider Akte hat der Jurist bei dem Interesse für die Kernfrage der Stelle keinerlei Gewicht gelegt.

Das Einziehen des Geldes kann schon um deswillen keine befreiende Wirkung für den Pfandschuldner zur Folge haben, weil weder dieser selbst dem Pfandgläubiger leistet, noch der Drittschuldner im Namen des Pfandschuldners[3]). Und Hellwig[4]) gibt auch zu, daß der Drittschuldner dem Pfandgläubiger nicht zahle, was dieser vom Verpfänder, sondern das, was er von ihm zu fordern habe, sodaß die Zahlung nur dessen Schuld, nicht aber auch die des Verpfänders aufzuheben im Stande sei.

Hätte das percipere in der Tat solutorische Wirkung, so wäre das allein von den Juristen hervorgehobene secum pensare für den Pfandgläubiger völlig bedeutungslos. Der liberatorische Effekt knüpft sich indessen nicht schon an den Empfang des eingetriebenen Geldes, sondern erst an den Akt der Aufrechnung seitens des Percipienten[5]). Dies wird durch verschiedene Wendungen, wie: in acceptum referre, secum pensare, compensare, in debitum computare, accepto facere u. s. w. in den Quellen zum Ausdruck gebracht[6]).

Ist also der Perception des Geldes ein solutorischer Effekt nicht beizulegen, so frägt es sich, welche Bedeutung diesem Akt alsdann innewohnt.

Von dem Pfandrechtserwerbe des Pfandgläubigers im Falle der Leistung eines corpus ausgehend, hat man die Ansicht aufgestellt[7]), daß derselbe auch an den eingezogenen Geldstücken

[1]) 1 9 D XX, 5.

[2]) Vgl. Exner, 46 Anm. 96.

[3]) G. Kretschmar, 92; [4]) 176.

[5]) Exner, 46.

[6]) Quellenmaterial bei Exner 46 Anm. 97.

[7]) Gaupp, 44, 45; Pfaff, 27 f.; Eberhard, 33; Exner, 163 Anm. 301; Bremer, 171; Sintenis, Handbuch 147; Kleiner, 76.

zunächst nur Pfandrecht erwerbe, und daß er erst dann, wenn er das Geld durch Vermischen oder Ausgeben verwende, in der Absicht, für die Pfandforderung sich bezahlt zu machen, in eine Lage komme, welche die Juristen im Auge haben, wenn sie sagen: exactam pecuniam secum pensare. Der Eigentumserwerb wird damit in das zweite Stadium verlegt, in das secum pensare pecuniam.

Die Unhaltbarkeit der Ansicht, die den Pfandgläubiger zunächst Pfandrecht am Gelde erwerben läßt, erhellt aus Folgendem.

Leistet der Drittschuldner dem Pfandgläubiger, so erfüllt er lediglich seine Verpflichtung und befreit sich von seiner Verbindlichkeit. War er dem Verpfänder zur Eigentumsverschaffung verpflichtet, so kann er sich auch dem Pfandgläubiger gegenüber nur dadurch befreien, daß er ihm das Geld zu Eigentum überträgt. Sollte dennoch auf den Pfandgläubiger nicht Eigentum, sondern nur Pfandrecht übertragen werden, so könnte dies nur in der Rechtsstellung des letzteren seinen Grund haben. Faßt man diese als diejenige eines Stellvertreters auf, so wäre der Pfandgläubiger allerdings in der Lage, dem Verpfänder an dem empfangenen Gelde Eigentum zu verschaffen[1]). Die hierzu erforderliche Einwilligung des Verpfänders würde, da das innere Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem sich durch das mandatum bestimmt, in dem abgeschlossenen Verpfändungsvertrage zu suchen sein. Unerklärt bliebe dann aber, auf welche Weise der Pfandgläubiger, nachdem er mittels actio utilis das Geld eingezogen und für den Verpfänder daran Eigentum erworben hat, sich selbst das Pfandrecht an jenem Gelde verschaffen soll. Dieser Pfandrechtserwerb würde auf eine „Selbstbestellung“[2]) des Pfandrechts hinauslaufen; und wollte man selbst die Möglichkeit einer solchen Selbstbestellung zugeben, die der Pfandgläubiger als Vertreter des Verpfänders mit sich vornehmen müßte, so ist diese Konstruktion zum mindesten eine gekünstelte; sie leidet aber auch an einem wesentlichen Mangel.

Nimmt man nämlich zunächst einen Pfandrechtserwerb an dem eingezogenen Gelde an, so gelangt man mit Notwendigkeit

[1]) Für die Möglichkeit des Eigentumserwerbes durch einen Dritten vgl. insbes. l 20 § 2 D XII, 1; l 5 J II, 9; l 1 C VII, 32; auch G. Kretschmar 89.

[2]) G. Kretschmar l. c.

dazu, den Eigentumserwerb des Pfandgläubigers in das zweite Stadium, das secum pensare pecuniam, zu verlegen[1]). Dieser Vorgang läßt sich dann aber nur in der Weise erfassen, daß der Pfandgläubiger das dem Verpfänder gehörige Geld in der Absicht, sich bezahlt zu machen, durch Anrechnung auf die Pfandschuld sich zu eigen macht. Wie man aber zunächst zu einer Selbstbestellung des Pfandrechts an dem percipierten, dem Verpfänder gehörigen Gelde kam, so gelangt man hinsichtlich des pensare zu einer „echten und rechten Selbstzahlung" des Pfandgläubigers[2]) [3]). Eine Mitwirkung des Drittschuldners ist ausgeschlossen, da dieser mit der Leistung von seiner Verbindlichkeit befreit worden ist; ebenso eine Mitwirkung des Verpfänders. Denn der Pfandgläubiger tritt allein handelnd auf: daher ja secum pensare!

Diese Selbstzahlung ist aber — und damit fällt die ganze Theorie — kein dem römischen Rechte bekannter Grund, Eigentum an einer fremden Sache zu erwerben.

Warum aber dies umständliche Operieren mit dem doppelten Selbstabschluß der beiden zur theoretischen Auflösung angeblich erforderlichen Rechtsgeschäfte: Selbstbestellung des Pfandrechts und Selbstzahlung seitens des Pfandgläubigers?

Das Ergebnis gestaltet sich nicht nur einfacher und natürlicher, sondern wird auch juristisch verständlich, wenn wir den Pfandgläubiger bereits mit der Perception des Geldes an demselben Eigentum erwerben lassen[4]). Der Pfandgläubiger, der zur Wiederherstellung eines Gebäudes ein Darlehn hingegeben hat, soll

---

[1]) In dieser Weise stellt sich Bremer, 171, die Sache vor: „Hat also der Pfandgläubiger an dem in seinen Händen befindlichen Gelde zunächst nur Pfandrecht, so ist er doch befugt, sich das Geld nun ohne weiteres anzueignen .... Die Quellen bezeichnen diese Aneignung als ein Compensieren". Nach Kleiner, 77, ergibt sich die Art und Weise, wie der Pfandgläubiger sich aus dem Pfandrecht am Gelde befriedigt, „ganz von selbst".

[2]) G. Kretschmar, 90.

[3]) Zu dieser gelangt in der Tat Hellwig, 176: „Die Tilgung der Pfandschuld ist deshalb auf eine Selbstzahlung zurückzuführen, welche der Gläubiger vornehmen muß".

[4]) Donellus: de pign. et hypothecis, cap. VIII, 3; tom. VI, 907; Sohm, 49; Hellwig, 175 f.; G. Kretschmar, 88 f.; Hanausek, Lehre vom uneigentl. Nießbrauch, Erlangen 1879, 59 f.; Dernburg, Pand. § 293.

dasselbe wiedererlangen mittels der actio utilis gegen den Drittschuldner. Ist Darlehnshingabe aber nichts anderes als Eigentumsverschaffung an einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen gegen Verpflichtung der Rückgabe, so ist der Schuldner dem Darlehnsgeber gegenüber zur Hingabe einer gleichen Menge gleicher vertretbarer Sachen zu Eigentum verpflichtet. Da der Pfandgläubiger das Hingegebene nicht vom Verpfänder, sondern vom Drittschuldner wiedererstattet erhalten soll, so kann er auch von diesem nur Eigentum an den gezahlten Geldstücken erwerben, da die Verbindlichkeit des Drittschuldners in dessen Leistungspflicht sich erschöpft, und zwar erwirbt er Eigentum im Augenblicke der Empfangnahme des geschuldeten Geldes. Es bedarf demnach keines späteren Aneignungsaktes von Seiten des Pfandgläubigers.

Da aber der Drittschuldner dem Pfandgläubiger nicht das, was dieser vom Verpfänder, sondern das, was er von ihm zu fordern hatte, geleistet hat, so ist auch noch keine Tilgung der Pfandschuld erfolgt. Zur Aufhebung derselben bedarf es noch eines weiteren Vorganges, der vielfach nach außen hin gar nicht sichtbar in Erscheinung treten wird, der aber ideell vom Aneignungsakte zu unterscheiden, und der mit besonderer rechtlicher Wirksamkeit ausgestattet ist. Es ist dies das secum pensare pecuniam, das nach alledem nur von Bedeutung sein kann für das Verhältnis zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger[1]).

Secum pensare, bei sich abwägen, bedeutet demnach, daß der Pfandgläubiger das eingezogene Geld auf seine Pfandforderung bei sich verrechnet. Zu dieser reinen „Rechnungsoperation“[2]) tritt aber noch die dem Verpfänder gegenüber vielleicht nur durch konkludente Handlung zum Ausdruck gebrachte Willensäußerung des Pfandgläubigers, daß er den eingezogenen Geldbetrag unter Verrechnung auf die Pfandforderung zu seiner Befriedigung endgültig behalten will. So wenig aber die Perception des Kaufpreises beim Verkauf des Sachenpfandes die Pfandschuld unmittelbar zum Erlöschen zu bringen vermag, so wenig wird beim Forderungspfandrecht durch die Perception des eingenommenen Geldes die Pfandschuld getilgt. In beiden Fällen wird vielmehr die be-

[1]) Vgl. schon Donellus; ad c 4 C VIII, 17 Ziffer 3; tom. IX, 1082.
[2]) G. Kretschmar, 92.

freiende Wirkung erst an den Akt der Aufrechnung seitens des Percipienten geknüpft[1]). Es handelt sich sonach bei diesem Akte der Verrechnung nicht um die letzte Ausübung des Pfandrechts. Dieses ist bereits erloschen mit dem Pfandverkauf bez. mit der Einziehung des Geldes vom Drittschuldner. Kommt demnach dem secum pensare nur noch Bedeutung für das Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder zu, und stellt es innerhalb dieses Verhältnisses den Akt der Tilgung der Pfandforderung dar, so kommt ihm auch die Bedeutung eines Rechtsgeschäftes zu, wenn auch nur die eines einseitigen Rechtsgeschäftes, dessen Vornahme auf Seiten des Pfandgläubigers erfolgt[2]). So wird es auch verständlich, daß die römischen Juristen grade das secum pensare als das Endergebnis in dem Entwicklungsgange, als das praktisch wichtige Moment, ausschließlich hervorheben.

II.

Ist das Leistungsobjekt in der verpfändeten Forderung ein individuell bestimmter Gegenstand, so sprechen sich die Quellen in Ansehung des mit der Leistung für den Pfandgläubiger entstehenden Rechtes dahin aus: erit tibi pignoris loco[3]), Diesem Wortlaut entsprechend läßt die herrschende Ansicht[4]) den Pfandgläubiger Pfandrecht an dem eingezogenen Leistungsgegenstande erwerben. Auch dies ist nicht immer übereinstimmend anerkannt worden. So haben Trotsche und Mühlenbruch behauptet[5]), daß der Pfandgläubiger nur ein Retentionsrecht erwerbe. Beide stützen sich lediglich auf den sprachlichen Ausdruck der Quellenstellen. Mühlenbruch behauptet, daß jenes pignoris loco esse nur auf ein Retentionsrecht zu beziehen sei. Nach Trotsche[6]) verstehen die Gesetze unter jenem Ausdruck „das allein aus einem durch einen Gegenansprurh gebildeten besonderen Interesse

[1]) Dies hat Exner, 40—47, für den Kaufpreis beim Pfandverkauf im Falle des gewöhnlichen Sachenpfandrechts bereits in überzeugender Weise nachgewiesen.

[2]) G. Kretschmar, 93.

[3]) l 18 D XIII, 7; l 13 § 2 D XX, 1.

[4]) Gesterding, 26; Sintenis, Handbuch, 158; Dernburg, Pfandr. I, 467; Eberhard, 33; Exner, 156; Sohm, 51: Kohler, Forschungen, 41.

[5]) 114 und 346 ff.

[6]) 123 ff.

entspringende Recht des Inhabers einer Sache, dieselbe gleich einem Pfande zu seiner Sicherheit zurückzuhalten.“ Der von Mühlenbruch angetretene Quellenbeweis kann heut als widerlegt erachtet[1]), und es darf die Ansicht Mühlenbruchs und Trotsches überhaupt als ein überwundener Standpunkt angesehen werden. Ein bloßes Retentionsrecht entspricht weder den Zwecken pfandrechtlicher Sicherung noch der Absicht der Parteien; der Schuldner, der eine Forderung verpfändet, drückt von vornherein implicite die Absicht aus, „daß nach der Einziehung das Geleistete dem Gläubiger als Pfand dienen soll“[2]).

Dagegen verdient Hellwigs Auffassung[3]) wegen der Stichhaltigkeit der vorgebrachten Argumente besondere Beachtung.

Hellwig geht einmal davon aus, — und dies ist für ihn das „durchschlagende Argument“ — daß die juristische Konstruktion des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Drittschuldner unmöglich kann verschieden sein, je nachdem letzterer zur Leistung von Geld oder individuell bestimmten Sachen verpflichtet ist Erwirbt also der Pfandgläubiger, so meint Hellwig, an den percipierten Geldstücken Eigentum, so müßte er auch an jedem andern Gegenstande Eigentum erwerben.

Demgegenüber sei zunächst darauf hingewiesen, daß innerhalb des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Drittschuldner zum mindesten schon die Verwertungsart des Leistungsobjektes zwecks Tilgung der Pfandschuld eine verschiedene sein muß, je nachdem Geld oder eine Individualsache geschuldet wird. Die letztere hat stets erst einen besonderen Verwertungsprozeß zu durchlaufen; sie muß im Wege des Pfandverkaufs erst in Geldeswert umgesetzt werden, damit die Pfandforderung getilgt und der etwaige Überschuß dem Verpfänder zurückerstattet werden kann. Sie würde aber auch in vielen Fällen dem Pfandgläubiger gar kein geeignetes Befriedigungsmittel bieten, eben weil ihr, ihrer individuellen Beschaffenheit zufolge, die Eigenschaft abgeht, als allgemeines Zahlungsmittel zu dienen. Der Verkauf der Pfandsache ist daher der einzige Weg, auf dem der Pfandgläubiger zu seiner wahren Befriedigung gelangen kann.

[1]) Sintenis, Handbuch 157 ff.; Vangerow I § 368 Anm. 1.
[2]) Dernburg, Pfandr. I, 467; Hellwig, 83.
[3]) 178 ff.

Einer solchen Verwertungsoperation bedarf es nicht, wenn der Pfandgläubiger sogleich bares Geld in die Hände bekommt. Wenn also die individuell bestimmte Pfandsache bis zu jenem Augenblick, in dem sie in Gestalt des Kauferlöses vom Pfandgläubiger zur Verrechnung auf die Pfandforderung zu deren Tilgung verwendet werden kann, noch ein besonderes, in bestimmte rechtliche Formen gekleidetes Verwertungsverfahren durchzumachen hat, so scheint es uns nur begreiflich zu sein, daß auch die Art des Rechtserwerbes für den Pfandgläubiger muß verschieden sein, je nachdem er Geld oder individuelle Einzelsachen vom Drittschuldner geleistet erhält. Es wird von Hellwig der begriffliche Unterschied zwischen Geld und Individualsachen nicht genügend ins Auge gefaßt. Grade bei Durchführung des dem Pfandgläubiger gegebenen Rechts zeigt es sich, wie sehr Geld, das einer Verwertungsoperation nicht erst bedarf, verschieden ist von jeder individuellen Einzelsache In dieser Verschiedenheit ist u. E. allein der Grund dafür zu suchen, daß der Pfandgläubiger am eingezogenen corpus ein anderes Recht erwirbt, als an den eingezogenen nummi[1]).

Sodann stützt Hellwig sich darauf, daß in l. 13 § 2 D XX, 1 bezüglich des Drittschuldners ausdrücklich gesagt werde: si vero corpus is debuerit et solverit, und daß diese Leistung entsprechend dem Satze: solvere dicemus eum qui facit quod facere promisit die Wirkung habe, daß der Pfandgläubiger die Sache zu Eigentum tradiert erhalte[2]), nur daß für das Verhältnis zu dem Verpfänder die Grundsätze fiduciarischer Eigentumsübertragung maßgebend seien. Wenn sonach der Pfandgläubiger wirklich fiduciarisches Eigentum erwerben soll, so ist es allerdings wunderbar, daß dies die Quellen auch nicht im leisesten andeuten und mit den klaren Worten zum Ausdruck bringen: erit (corpus) tibi fiduciae!

Sie sagen aber: pignoris loco erit. Der Gläubiger wird also, wenn ihm der Drittschuldner den Leistungsgegenstand übergeben hat, die Rechte eines Pfandgläubigers an ihm haben; er wird mit der Sache verfahren dürfen, wie mit einem Pfande;

[1]) Vgl. auch G. Kretschmar, 87.

[2]) Dagegen schon Donellus, ad c 4 C VIII, 17 Ziffer 3, tom. IX 1082.

er wird sich, wie aus einem Pfande, aus ihr bezahlt machen [1]). Der von den Juristen herangezogene Vergleich bedeutet lediglich, daß der Pfandgläubiger, dem an dem Leistungsgegenstande ursprünglich keinerlei Rechte zukamen, nunmehr, da der Leistungsgegenstand an Stelle des erloschenen Forderungsrechtes getreten ist, dieselben Rechte an ihm haben soll, wie vordem an der Forderung; wie an dieser, so sollen ihm jetzt an deren Leistungsobjekt die Rechte eines Pfandgläubigers zustehen.

Zur Aufgabe der Annahme eines Pfandrechts am Leistungsgegenstande könnten wir nur durch den zwingenden Nachweis bewogen werden, daß weder der Pfandgläubiger für sich Pfandrecht, noch für den Verpfänder Eigentum an dem geschuldeten Gegenstande zu erwerben im Stande ist.

Was den Eigentumserwerb des Verpfänders anbelangt, so kommen hier freilich weder mancipatio nach in iure cessio als Eigentumserwerbsarten in Betracht: denn diese erfordern eine persönliche Anteilnahme des Erwerbers am Rechtsgeschäft. Hier hingegen leistet der Drittschuldner unmittelbar an den Pfandgläubiger; dieser nimmt den Leistungsgegenstand ohne Mitwirkung des Verpfänders, ja in der Regel ohne dessen Wissen, in Empfang. Es treten hier also die Wirkungen des Rechtserwerbes unmittelbar für den Verpfänder ein, ohne den Pfandgläubiger selbst zu berühren.

Daß aber ein solcher Eigentumserwerb im Wege unmittelbarer Stellvertretung bereits zu einer Zeit möglich war, für welche das Forderungspfandrecht noch gar nicht nachweisbar ist, ergibt sich aus folgendem Quellenzeugnisse [2]): Neratius libro VI regularum: si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine dominium mihi i. e. proprietas adquiritur etiam ignoranti. Neratius lebte unter Trajan und Hadrian; Pomponius, der erste, der des Forderungspfandrechtes gedenkt, ist nachweisbar von Hadrian bis Marc Aurel, Gaius [3]), dem die Klage des Forderungspfandgläubigers noch unbekannt ist, bis zum Jahre 178 [4]). Demnach kann die Klage des Forderungs-

[1]) Basilicorum liber XXV tit. II 1 13 § 2; liber XXV tit. I 1 18.
[2]) l 13 D XLI, 1.
[3]) vgl. insbes. Inst. II 38, 39.
[4]) Jörs bei Birkmeyer, 86 cap. I, VI.

pfandgläubigers im Edikt erst nach Vollendung der Institutionen des Gaius proponiert worden sein. Erwähnt wird die Klage erst in Quellenzeugnissen aus den ersten Decennien des 3. Jahrhunderts[1]). Die Nachricht von der Möglichkeit des Eigentumserwerbes im Wege direkter Stellvertretung fällt also in eine frühere Zeit. Nach alledem muß angenommen werden, daß der Pfandgläubiger sehr wohl rechtlich in der Lage war, mit der Empfangnahme des geschuldeten Gegenstandes dem Verpfänder Eigentum an demselben zu verschaffen.

Es erübrigt noch, dem Einwande zu begegnen, daß unser Quellenzeugnis sich lediglich auf einen Fall bezieht, in dem der Vertreter kraft besonderen Auftrages die Eigentumserwerbshandlung vorgenommen hat.

Allerdings bedarf es stets — dies ist ja allein die rechtliche Grundlage für jede Erwerbshandlung des Vertreters — einer Vollmachtserteilung seitens des Vertretenen. Daß es aber keiner speziellen Vereinbarung, keines ausdrücklichen Auftrages bedarf, letzterer vielmehr als stillschweigend erteilt und als implicite in dem Abschluß eines Rechtsgeschäftes enthalten angesehen werden kann, lehrt der Fall, den Ulpian in l 20 § 2 D XLI, 1 behandelt. Wie hier die dem Mitkäufer erteilte Ermächtigung zur Empfangnahme des Kaufgegenstandes und zur Vertretung im Eigentumserwerb in dem gemeinschaftlich, vielleicht auf Grund eines Societätsverhältnisses, abgeschlossenen Kaufvertrage zu suchen ist, so liegt die Ermächtigung des Forderungspfandgläubigers zum Eigentumserwerb für den Verpfänder bereits ausgesprochen in dem Abschluß des Verpfändungsgeschäftes. Dessen Inhalt aber beruht nach der Absicht der Parteien auf dem Gedanken, daß der Pfandgläubiger in letzter Linie an dem Leistungsgegenstande der Forderung ein Pfandrecht erhalten soll. Nimmt also diesen der Pfandgläubiger in Empfang, so ist er nach dem Pfandvertrage dem Verpfänder zur Eigentumsverschaffung nur verbunden gegen gleichzeitige Einräumung eines Pfandrechts an jenem Gegenstande. Daß er sonach selbst Pfandrecht erwirbt, und daß er dem Verpfänder Eigentum zu erwerben befugt, aber auch verpflichtet ist,

---

[1]) Ulpian l 20 D XX, 1; Paulus l 18 D XIII, 7; Severus Alexander anno 225, c 4 C VIII, 17.

ergibt sich aus dem ausdrücklich oder stillschweigend beim Vertragsschluß erklärten Parteiwillen.

Nun gibt Hellwig[1]) zu, daß es Wille der Parteien sei, daß dem Forderungspfandgläubiger „die Sache als Pfand diene, d. h. daß er sie zur Erlangung der ihm geschuldeten Summe verkaufen soll.“ Dies könne er ebensogut kraft Eigentumes, wie kraft Pfandrechts. Erwirbt aber nach Hellwig der Pfandgläubiger Eigentum, so erhält er mehr, als er zu seiner Sicherung braucht, er erhält volles Eigentum; die Folgen, die sich hieraus ergeben, muß der Verpfänder mit in Kauf nehmen. Da hilft es nichts, wenn uns Hellwig damit beschwichtigen will, „daß die Einziehung der Forderung erst stattfinde, wenn nicht mehr Sicherung, sondern Befriedigung des Gläubigers bewirkt werden soll.“ Denn wie verhält es sich, wenn der Pfandgläubiger mit dem Verkaufe säumt, oder wenn die verpfändete Forderung erheblich früher fällig wird als die Pfandschuld?

Nun muß zwar zugegeben werden, daß die fiducia noch bis in die späte Kaiserzeit hinein praktischen Rechtens geblieben ist und, da sie auch durch Constantins Verfügung[2]) nicht außer Kraft gesetzt wurde, sich erst im Justinianischen Rechte verloren hat[3]). Aber man bedenke nur Folgendes: Soll überhaupt der Wille der Parteien entscheidend sein für das Schicksal des eingezogenen Leistungsgegenstandes in den Händen des Pfandgläubigers, so ist er jedenfalls nicht dahin zu interpretieren, daß bei einer Verpfändungsart, die ihre Entstehung grade den Bedürfnissen eines freieren und leichteren Verkehrslebens verdankt, für das Verhältnis der Parteien die Grundsätze eines so förmlichen und schwerfälligen Rechtsgebildes Platz greifen sollten, wie die der fiducia[4]). Letztere paßt nicht zu den leichten Formen, in denen sich die Verpfändung von Forderungen vollzog.

---

[1]) 86.

[2]) c 1 C. Theod. III, 2.

[3]) Sintenis, Handbuch 195 f.; Örtmann, 71 f.; A. A. Cujacius I, 390.

[4]) Die der fiducia anhaftenden Mängel haben die Römer sehr bald erkannt. Man denke an den Rechtsbehelf der usureceptio fiduciae gegen die Folgen eines Versehens bei der zur Rückübertragung erforderlichen Mancipationsförmlichkeit. Gaius II, 59.

Gegen Hellwigs Auffassung spricht aber vor allem folgendes Argument: Fiduciarisches Eigentum kann, auch zu Pfandrechtszwecken, ausschließlich übertragen werden entweder durch mancipatio an res mancipi oder durch in iure cessio auch an res nec mancipi[1]). Daß fiduciarisches Eigentum auch im Wege bloßer Traditio hätte erworben werden können, war den Römern völlig unbekannt[2]). Eine solche Bestellungsform ist auch für die späteste Kaiserzeit nicht nachweisbar. Sowohl die mancipatio, als negotium per aes et libram, wie die in iure cessio, als prozessuales Scheingeschäft — fiktive rei vindicatio[3]) — waren Formalgeschäfte; zur Anteilnahme an denselben, zur Unterwerfung unter deren Formstrenge konnte der Drittschuldner, dessen Mitwirkung erforderlich gewesen wäre, rechtlich nicht gezwungen werden. War er doch lediglich zur Tradition, zum solvere des Leistungsgegenstandes verbunden!

Auch aus diesem Grunde erscheint uns Hellwigs Auffassung von der Sache: Erwerb fiduciarischen Eigentums seitens des Pfandgläubigers nicht als haltbar.

Unser Ergebnis für das römische Recht ist also dies, daß der Pfandgläubiger, wenn er die verpfändete Forderung zu eigenem Vorteile ausübt, das eingezogene Geld bis zum Betrage der Pfandforderung zu Eigentum, die geleistete Individualsache aber zu Pfandrecht erwirbt. Letzteren Falles bedarf es noch des Verkaufes der Pfandsache, damit er in Gestalt des Erlöses die gesuchte Befriedigung erlange.

Für das gemeine Recht ist das Ergebnis das gleiche.

Auf der rechtlich bedeutsamen Verschiedenheit des Geldes, als einer Summe vertretbarer Sachen, und der individuell bestimmten Sachen beruht es, daß auch hier der Pfandgläubiger an letzteren Faustpfandrecht erwirbt, während die eingezogene Geldsumme alsbald in sein Eigentum übergeht und in Anrechnung auf die Pfandschuld behalten wird. Die alten Verpfändungsformen sind verschwunden; das gemeine Recht kennt nur eine Form der Pfandbestellung, den formlosen Pfandvertrag. Möglich ist es

[1]) Gaius l. c.

[2]) Örtmann, 73 ff. bes. 82. Daher verschwand die fiducia allmählich mit der mancipatio und in iure cessio.

[3]) Jörs bei Birkmeyer § 17 2a.

freilich, daß die Parteien nachträglich Eigentumserwerb für den Pfandgläubiger ausdrücklich verabreden[1]). Dann beruht aber der Eigentumserwerb auf einer besonderen, neben der Forderungsverpfändung herlaufenden und diese abändernden Vereinbarung.

Für das gemeine Recht entfallen aber auch alle jene Bedenken, die gegen den Eigentumserwerb am Gelde im Wege unmittelbarer Stellvertretung möglicherweise könnten geltend gemacht werden. Der rechtsgeschäftliche Erwerb durch einen Stellvertreter in der Weise, daß die Wirkungen unmittelbar für und gegen den Vertretenen eintreten, ist nicht, wie im römischen Recht, auf einzelne Erwerbsarten beschränkt geblieben; er bildet fürs gemeine Recht nicht die Ausnahme, er bildet die Regel[2]).

Was für das römische und gemeine Recht bestritten war, hat das Bürgerliche Gesetzbuch durch positive Gesetzesbestimmungen in bindender Weise festgestellt. Einer theoretischen Prüfung seiner Sätze hat es uns indessen in keiner Weise überhoben. Denn sind auch jene positiven Normen auf Grund einer bestimmten theoretischen Auffassung des Gesetzgebers festgesetzt worden, so ist die wissenschaftliche Auslegung doch an solche Konstruktionen nicht gebunden.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch scheidet in Ansehung des Leistungsgegenstandes Geldforderungen und Forderungen auf Leistung von individuell bestimmten Sachen.

Hat der Pfandgläubiger eine Geldforderung nach Eintritt der Realisierungsbefugnis eingezogen, so gilt seine persönliche Forderung, soweit der eingezogene Betrag zu seiner Befriedigung gebührt, als von dem Gläubiger berichtigt[3]). Was die Konstruktionsfrage anbelangt, so spricht also das BGB. ebenfalls nur von dem praktischen Erfolge der Einziehung. Dem Endergebnisse nach ist die Pfandschuld getilgt, sie „gilt als von dem Gläubiger berichtigt.“ In welcher Weise dies aber geschieht, und welche Rechte der Pfandgläubiger am eingenommenen Gelde erwirbt,

---

[1]) Eine im voraus getroffene Vereinbarung würde auch hier gegen das Verbot der lex commissoria verstoßen.

[2]) Windscheid, Pand. I § 73.

[3]) § 1288 Abs. 2.

ob der Liberationseffekt an die Empfangnahme oder an den Akt der Aufrechnung geknüpft wird, darüber ist aus dem Gesetze selbst nicht das Geringste zu entnehmen. Indessen dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß auch nach dem Recht des BGB. der Liberationseffekt erst durch die endgültige Verrechnung des Eingenommenen auf die Pfandforderung herbeigeführt wird. Hierfür spricht die Analogie des § 1247 S. 1, der den Erlös beim Pfandverkauf behandelt. Die Forderung gilt als berichtigt, soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, nämlich nach Prüfung der gemäß § 1210 zu berücksichtigenden Nebenforderungen und endgültiger Verrechnung. Wird daher vom Drittschuldner die Schuldsumme gezahlt, so geht bereits mit der Leistung das Eigentum an dem Gelde, als an einer Summe vertretbarer Sachen, auf den Pfandgläubiger über[1]). Der Grundsatz: tantundem eiusdem generis est idem findet auch nach dem Rechte des BGB. auf diesen Übergang Anwendung. Denn der Begriff der vertretbaren Sache ist für beide Rechte der gleiche[2]).

Die rechtliche Konstruktion entspricht sonach im Einzelnen derjenigen des gemeinen Rechts; denn die für sie angeführten Gründe können nach der Gestaltung des Rechtsverhältnisses im BGB. auch für letzteres nur maßgebend sein.

Wird dagegen eine individuelle Einzelsache geleistet, so erwirbt der Gläubiger mit der Leistung den betreffenden Gegenstand, d. h. Eigentum an ihm, und der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an dem Gegenstande. Besteht die Leistung in der Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, so erwirbt der Pfandgläubiger eine Sicherungshypothek[3]).

Vom Gelde abgesehen, „muß der Pfandgläubiger das Recht auf eine solche Gestaltung der Inhabung an dem surrogierten

---

[1]) So auch Planck, Kommentar, Berlin 1898 ff., Anm. 2 zu § 1288; Dernburg, Das bürgerl. R. des deutsch. Reiches und Preußens, Halle a/S. 1898 ff., III, § 279 II 5; Cosack, Lehrbuch des deutsch. bürgerl. Rechts, Jena 1899, § 251 V, 2 c.

[2]) § 91 BGB und l 2 § 1 D XII, 1.

[3]) § 1287.

Leistungsgegenstande haben, welche der Beschaffenheit dieses Gegenstandes als Pfandes entspricht“ [1]).

Ist also mit der Ausübung das Forderungspfandrecht selbst erloschen, so tritt doch der Leistungsgegenstand an seine Stelle. An diesem muß inhalts des Pfandvertrages der Pfandgläubiger ein Recht gleicher Art erwerben, wie dasjenige, das ihm an der verpfändeten Forderung eingeräumt worden ist: ein Recht, zur Sicherung einer persönlichen Forderung sich aus dem verpfändeten Vermögenswerte bezahlt zu machen, an der Individualsache also ein Pfandrecht, kraft dessen er die Pfandsache in Geld umzusetzen in Stand gesetzt wird, am baren Gelde sogleich Eigentum, wegen der Überflüssigkeit und Unmöglichkeit einer weiteren Verwertungsoperation.

Gemeines Recht und neues bürgerliches Recht stimmen sonach sowohl hinsichtlich der besprochenen Rechtssätze als hinsichtlich der ihnen zu Grunde liegenden Konstruktion mit einander völlig überein.

C. **Rechtliche Konstruktion.**

Wenden wir uns nunmehr unter Benutzung der bisherigen Grundlagen zur Konstruktion des Forderungspfandrechtes selbst, so werden wir zur Feststellung seiner rechtlichen Natur auf dem Wege gelangen, daß wir die Bahn durch Prüfung der bisher aufgestellten Theorien frei machen Bei der folgenden Besprechung werden diese Theorien in der Weise zu gruppieren sein, daß wir zunächst die Theorie vom Recht am Recht zum Gegenstande der Untersuchung machen. Diese Theorie geht im allgemeinen davon aus, daß der Forderungspfandgläubiger durch den Pfandvertrag ein neues, bisher noch gar nicht vorhandenes Recht [2]) an dem verpfändeten Forderungsrechte gewinne. Kommt also bei dieser Theorie eine Rechtsnachfolge überhaupt nicht in Frage, so handelt es sich bei den Successionstheorien um die Art der vermittelten Rechtsnachfolge. In dieser Gruppe sind zu scheiden:

[1]) Mot. III 866; dieselbe Begründung also, die Dernburg, Pfandr. I 467 im Auge hat: „Der Schuldner, welcher seine Forderung verpfändet, ... drückt von vornherein implicite die Absicht aus, daß nach der Einnahme das Geleistete als Pfand diene“.

[2]) vgl. Bremer, 87, 88.

die Theorie der konstitutiven Succession und die Cessionstheorie. Bei jener Theorie handelt es sich um einen „konstitutiven", bei dieser um einen „translativen" Rechtsübergang.

§ 3.

α) Theorie vom Recht am Recht.

Bei der Frage nach der rechtlichen Konstruktion des Forderungspfandrechtes ist nicht nur die Möglichkeit erwogen worden, daß dasselbe ein dingliches oder ein persönliches Recht sei, sondern man hat auch die Frage gestellt, ob für das Forderungspfandrecht nicht der Begriff vom „Recht am Recht" gegeben sei. Man ist hierbei von der Auffassung ausgegangen, daß das System der Vermögensrechte neben den Gruppen der Rechte an Sachen und der Rechte an Personen noch eine weitere, besondere Kategorie von Rechten enthalte, die man als Rechte an andern Rechten zu bezeichnen pflegt. Die begriffliche Möglichkeit einer solchen Annahme ist Gegenstand eines lebhaften Streites geworden, indem einerseits der Begriff: Recht am Recht als ein „logisches und juristisches Unding" hingestellt[1]) und es als begrifflich unzulässig bezeichnet worden ist, „diejenige ideelle Beziehung, welche wir ein Recht nennen, von ihren Beziehungspunkten abzulösen, sie zu objektivieren und mit den Körpern der Außenwelt auf eine Linie zu stellen"[2]), andrerseits aber die Berechtigung und Fruchtbarkeit jenes Begriffes von einer ganzen Reihe von Schriftstellern verfochten worden ist[3]).

Daß die eine rechtlich geschützte Willensmacht als Gegenstand einer anderen, stärkeren Willensmacht gedacht werden könne, scheint in der Tat zunächst nichts begrifflich Unmögliches zu sein. Können wir doch insoweit wenigstens das Recht am Recht dem Recht an der Person zur Seite stellen, als beide uns eine vom Recht an der Sache in gleicher Weise abweichende Herrschaft über die Objekte unserer Willensmacht verleihen. Wie uns jedes

[1]) Vangerow I, 688; Örtmann im Arch. Civ. Prax. 81, 82.

[2]) Exner 17.

[3]) Bremer, 34 ff.; Sohm, 27 f., 47 f. Neuner, Wesen und Art der Privatrechtsverhältnisse, Kiel 1866, 79; Windscheid I § 48a; Crome, System des deutsch. bürgerl. Rechts, Tübingen und Leipzig 1900, I § 32. Leonhard, Allgem. Teil § 45 III.

persönliche Recht keine unmittelbare Einwirkung auf die unserer Willensherrschaft unterworfenen Personen gestattet, sondern lediglich einen Anspruch gewährt auf ein bestimmtes Verhalten dieser Personen uns gegenüber mit Bezug auf bestimmte Vermögensobjekte, so wird offenbar auch beim Recht am Recht der Wille des Subjekts im herrschenden Recht von der Rechtsordnung als bestimmend anerkannt für seine Beziehungen zu den Rechtssubjekten im unterworfenen Recht.

Wenn sonach eine ideelle Beziehung obwaltet zwischen dem Inhaber des herrschenden und dem des unterworfenen Rechts dergestalt, daß der erstere vermöge der ihm erteilten Willensherrschaft die Willensmacht des letzteren in gewissen Beziehungen beherrscht, sein Wille also bestimmend ist für jenen Willen, so erscheint es nur angemessen, zu sagen, daß der Inhaber des herrschenden Rechts eine Willensmacht an einer ihm unterworfenen Willensmacht, daß er ein Recht am Recht habe.

Mag daher der Sprachgebrauch „Recht am Recht“ für die unter diesem Namen figurierenden Rechtsverhältnisse ein zutreffender sein[1]), und ist die Bezeichnung „Pfandrecht an Rechten“ und „Nießbrauch an Rechten“ auch eine allgemein übliche und quellengemäße, so geben diese Tatsachen allein noch keinen Beleg dafür ab, daß es sich hier um einen besonderen Rechtsbegriff handelt.

Ebensowenig spricht hierfür etwa der Umstand, daß das moderne Recht gewisse Gerechtigkeiten — Bergwerksrechte, Erbbaurechte, Erbpachtrechte — als Immobilien behandelt und an ihnen Reallasten, Nießbrauch und andere dingliche Rechte anerkennt[2]).

---

[1]) Bekker, KrVJSchr. 6, 479.

[2]) Wenn gleichwohl Dernburg, Pand. § 249 Anm. 8, und ihm folgend Crome § 32, daraus die Folgerung zieht, daß „begrifflich unmöglich“ das R. am R nicht sein könne, so wird übersehen, daß die Gleichstellung dieser Gerechtigkeiten mit den unbeweglichen Sachen lediglich auf einer durch Zweckmäßigkeitsrücksichten bedingten, besonderen gesetzgeberischen Maßnahme beruht. Jene Gerechtigkeiten sind also nicht Rechtsobjekte, wie unbewegliche Sachen, sondern werden nur unter der vom Gesetzgeber angeordneten Annahme dieser nicht vorhandenen Eigenschaft als vorhanden wie unbewegliche Sachen behandelt — trotz § 50 des pr. Allgem. Berggs. vom 24. Juni 1865. Es steht vielmehr z. B. „Erbbaurecht“ nur ungenau an Stelle von „Gegenstand des Erbbaurechts“.

Eine prinzipielle Lösung der Frage nach dem Begriff des Rechts am Recht kann im Rahmen dieser Arbeit allerdings nicht versucht werden; dies könnte nur geschehen im Zusammenhange einer vollständigen Theorie des subjektiven Rechts[1]). Und da auch die Rechtswissenschaft den Begriff Recht am Recht bisher in keiner bestimmten, allgemein anerkannten Formulierung festgestellt hat, so ist es auch nicht möglich, von diesem allgemeinen Begriff auszugehen und auf die Spezialfälle schließen zu wollen.

Es kann nur umgekehrt verfahren, und es muß die Anwendbarkeit der Idee des Rechts am Recht für unsere spezielle Erscheinungsform: das Pfandrecht an Forderungen selbständig gefunden werden[2]).

Den hierbei einzuschlagenden Weg ergibt die Erwägung, daß ein Recht Gegenstand eines andern Rechtes sowohl in derselben Weise sein könnte, wie eine Sache Gegenstand eines Rechtes ist, sodaß dieses Recht zugleich als dingliches Recht erscheint, als auch, daß ein Recht in andrer Weise als Gegenstand eines fremden Rechtes denkbar ist dergestalt, daß sich die Möglichkeit eines persönlichen Rechtes am Rechte ergibt.

Wollte man von vornherein der Ansicht folgen, daß ein Recht entweder nur in demselben Sinne Gegenstand eines andern Rechtes sein könne, wie eine Sache, oder daß überhaupt nicht von einem Recht am Recht als einem besonderen Rechtsbegriff gesprochen werden dürfe, so wäre die Sachlage freilich eine sehr einfache[3]). Und vielfach bekämpfen in der Tat die Gegner vom

---

[1]) Vgl. auch Strohal in Grünhut Z. 9, 80. Zudem müßten, was u. W. bisher nirgends geschehen, auch die übrigen Variationen des Begriffs in den Kreis der Untersuchung gezogen werden. Deren Zahl ist eine große. Man denke nur an das Vorkaufsrecht an einem Erbbaurecht, Erbpachtrecht, einer Mühlengerechtigkeit, an die im Wege einer Vormerkung zu begründenden Rechte z. B. an Reallasten, Grundschulden, an das Recht der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes oder Vaters an allen zum eingebrachten Frauengut oder Kindesvermögen gehörigen Rechten, an das Beschlagnahmerecht des Konkursgläubigers an allen zum Vermögen der Gemeinschuldner gehörigen Rechten u. s. w.

[2]) Vgl. Stammler, Nießbrauch an Forderungen, Erlangen 1880, Vorwort S. 5.

[3]) So: Hanausek, 47; Neuner, 78.

Recht am Recht ausschließlich die Auffassung, daß ein Recht in gleicher Weise wie eine Sache einer fremden Willensherrschaft unterworfen werden könne.

Von einigen Schriftstellern ist jedoch der Begriff des Rechts am Recht in jener weiteren Bedeutung erfaßt und mit dem „persönlichen" Recht am Recht ein besonderer Rechtsbegriff aufgestellt worden. So charakterisiert insbesondere P. Kretschmar[1]) das Recht des Pfandgläubigers an der Forderung dahin, daß die Gestaltung seiner Herrschaft beim Rechte eine andere sei, als bei der Sache; „sie bestehe nicht in einer körperlichen Herrschaft, sondern in der Befugnis, die in dem regierten Rechte enthaltene rechtliche Macht kraft eigenen Rechtes innerhalb der durch letzteres bezeichneten Schranken auszuüben."

Wir müssen uns nach alledem auch mit dieser Auffassung vom Forderungspfandrecht abfinden, wenden uns aber zunächst der Frage zu: Ist das Pfandrecht an der Forderung ein „dingliches" Recht am Recht?

§ 4.

α) Theorie vom „dinglichen" Recht am Recht.

Diese Frage ist entschieden zu verneinen, und für das römische Recht ist der Gegenbeweis leicht geführt.

Für die Annahme von Rechten am Recht als eines durchaus normalen Begriffes mag die Auffassung von Einfluß gewesen sein, daß res in den Einteilungen der Römer — ius quod ad personas, ad res pertinet — ein besonderer Rechtsbegriff sei, der in die Unterarten res corporales und incorporales zerfalle[2]), welch letztere wieder als einander gleichartig gegenüber gestellt werden[3]). Diese

---

[1]) P. Kretschmar, Theorie der Konfusion, Leipzig 1899, S. 190 f.; ebenso Windscheid § 48a mit § 121, letzter Abschnitt und Anm. 13; Sohm, 45; Marcus, 11, 59; Kuhlmann, Das Verhältnis des Pfandgläubigers zum Gläubiger bei Verpfändung einer Geldforderung, Dortmund 1902, 49 ff. für das BGB.: „ein wahres Recht an einem fremden Recht", aber kein dingliches Recht, sondern ein Recht „absoluter Natur, das sich mit zwingender Kraft gegen die an demselben jeweils Beteiligten richtet".

[2]) 1 1 § 1 D I, 8.

[3]) Hierauf fußt z. B. Trotsche, 76 mit 82; aber auch bei andern Schriftstellern findet sich die Gleichstellung von Sachen und Rechten unter dem Gesichtspunkt der res corporales und incorporales, so bei Gaupp, 11, 20;

Gleichstellung der res corporales und incorporales[1]) hat zudem scheinbar „eine Art Legalisierung erfahren durch die gemeinsame Anwendung der actio in rem auf Eigentum, Servitut und Erbschaften — fundum actoris esse, usumfructum, hereditatem actoris esse —, wonach es sich noch leichter begreift, daß man diese Dinge, welche in der actio in rem dem Kläger zugeschrieben wurden, als res mit einander verglich, und dabei in dem ersten Falle eine res corporalis, in jedem der beiden letzten eine res incorporalis erkannte“[2]).

Nun liegt aber jenem zweiten Hauptteil der Institutionen ein Erwerbssystem von Vermögensrechten zu Grunde[3]), und es bedeutet auch res bei jener Einteilung in res corporales und incorporales nur: Gegenstand der Erwerbung, Vermögensbestandteil, nicht Rechtsobjekt[4]). Res heißt „Vermögen“ schlechthin, wie in den Wendungen: versio in rem, ex re patris, oder enger: „Vermögensstück“[5]). Der Begriff ist also bei den Römern ein wirtschaftlicher, und kein juristischer; mithin ist auch die Gleichstellung der res corporales und incorporales vom juristischen Standpunkte aus verfehlt. Stellt man daher die römischen res corporales und incorporales unter einem Gesichtspunkte zusammen, so greift als Vergleichspunkt lediglich der Gedanke durch, daß jene wie diese beim Rechtserwerb als mögliche Wertobjekte in Betracht kommen, nicht aber, daß sie in gleicher Weise auch Rechtsobjekte sind.

Nun finden wir auch, daß die Römer den Begriff „Recht am Recht“ in dem Sinne, daß das eine Recht Gegenstand des anderen sei, in dieser Allgemeinheit überhaupt nicht gekannt haben; nur zwei sprachlich mit jenem Begriff sich deckende Spezialfälle

---

Huschke, 26; Wittelhöfer, 65; Sintenis, Streitfragen, 2 fg.: „Hiernach stellt sich die von vielen gemachte Unterscheidung zwischen der Verpfändung körperlicher Sachen . . . und der eines Forderungsrechtes als unbegründet dar.

[1]) vgl. auch Exner, 19; Mansbach, 8.

[2]) Keller § 42.

[3]) R. Leonhard, Inst. § 40.

[4]) Schon Puchta im Rhein. Museum für Jurisprudenz, 1, 311; Windscheid § 42 Anm. 5; R. Leonhard, Inst. § 81; Neuner, 50; Exner, 19.

[5]) R. Leonhard, Allgem. Teil, 155.

finden wir erwähnt: ususfructus nominis und pignus nominis. Nießbrauch und Pfandrecht gehören zu der begrenzten Zahl dinglicher Rechte an fremder Sache. Für das pignus nominis aber ist im historischen Teil nachgewiesen worden, daß es als dingliches Recht am nomen nicht konstruiert werden kann[1]).

Für das gemeine Recht geht die Deduktion der Schriftsteller, welche das Forderungspfandrecht für ein dingliches Recht an der Forderung halten, zum Teil davon aus, daß in den Quellen stets nur von einem „pignus“ nominis die Rede sei, pignus aber stets einen dinglichen Charakter trage, mithin auch das pignus nominis nur als ein dingliches Recht am nomen zu erfassen sei. „Denn da die Qualität eines dinglichen Rechtes zur Substanz des Pfandrechts gehöre, so müsse man entweder zugestehen, daß das Recht des Gläubigers, dem ein nomen verpfändet worden, ein dingliches Recht, oder behaupten, daß es überhaupt kein Pfandrecht sei“[2]). Diese Beweisführung ist insofern eine verfehlte, als sie mit einer Tatsache operiert, die selbst erst wieder eines Beweises bedarf, nämlich mit der, daß das pignus unter allen Umständen ein dingliches Recht sei.

Trotsche[3]) kommt denn auch in der Tat dazu, die Klage des Forderungspfandgläubigers für eine dingliche zu halten; Gesterding[4]) aber vermag ihm zur Durchführung seines dinglichen Rechts keine dingliche, sondern ausschließlich eine persönliche Klage zu gewähren.

Aber auch die Bremer'sche Auffassung[5]) hält, ebensowenig wie die Ansicht von Gesterding und Trotsche, dem quellenmäßigen Gegenbeweise stand, der gegen jede Konstruktion des Forderungspfandrechtes als dingliches Recht durch Verweis auf l. 3 § 1 D XX, 1 erbracht werden kann. Der hier ausgesprochene, von uns bereits berührte Grundsatz: creditor non plus habere potest quam habet qui pignus dedit ist denn auch bisher nirgends widerlegt worden. Eine Entkräftung dieses Gegenbeweises hat übrigens allein Gester-

---

[1]) Daß dingliche Rechte an Rechten für das römische Recht nicht nachweisbar sind, geben Dernburg, Pand. § 249 Anm, 8 und Crome § 32 zu.

[2]) Gesterding, Schuldverb. 47; ähnlich Trotsche, 79ff.

[3]) 76 ff, 80 ff. [4]) 51. [5]) 87 f.

ding[1]) versucht; wie wenig stichhaltig seine Ausführungen sind, ergibt deren Wiedergabe vielleicht am deutlichsten: „Die Gesetze gehen hier nicht sowohl auf das Recht des Gläubigers, als vielmehr auf die Verbindlichkeit des Schuldners, behandeln diese als Sache und geben dem 2. Gläubiger ein Recht daran, was der erste zwar nicht hatte, sich aber nach der Natur des Objekts nur auf die Person des Schuldners beschränkt, und ebendaher nicht sowohl mehr Recht, als nur . . . ein anderes ist“[2]).

Wollen wir aber überhaupt eine Auflösung des Begriffes: dingliches Recht am Recht versuchen, so geschieht dies am geeignetsten in kritischer Weise, indem wir die Deduktion eines Vertreters der Theorie vom dinglichen Recht am Recht zu Grunde legen[3]).

Ein dingliches Recht ist nun ein subjectives Recht, das dem Berechtigten mit Wirkung gegen jeden Dritten eine unmittelbare Herrschaftsgewalt über Rechtsobjekte verleiht. Die durch das dingliche Recht vermittelte Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung auf das unterworfene Rechtsobjekt kann eine mehr oder weniger reale sein; in jedem Falle aber erscheint sie denkbar und durchführbar nur an körperlichen Gegenständen Ein Recht hingegen, als eine rein ideelle, nur durch Gedankentätigkeit erkennbare, nur in der Vorstellung, nicht im Raume vorhandene Größe, kann nie Gegenstand körperlicher, sinnlich wahrnehmbarer Beziehungen sein. Es ist ein „geistiges, unsichtbares Band“ von Person zu Person oder von Person zur Sache[4]).

Dennoch, so führt Schwedler aus[5]), ist, wenn wir ein Recht als Gegenstand eines anderen bezeichnen, stets „ein körperlich existentes Substrat vorhanden,“ auf welches sich jenes Recht erstreckt; es finden sich rechtliche Beziehungen, die in letzter Linie den Wesensinhalt des „herrschenden“ Rechtes ausmachen:

[1]) 50.

[2]) Ebenso unklar Mosler, Zur Lehre von der Konfusion, Berlin 1897, 47: die Forderung ist „beschwert mit dem dinglichen Rechte eines Dritten“. „Dieser Dritte, dessen Recht innig mit der Forderung verknüpft ist, . . . nimmt gewissermaßen Teil an dem Forderungsrechte kraft seines Pfandrechts“.

[3]) Wir halten uns an Schwedler, Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung, Halle 1897, 94 ff.

[4]) Mansbach, Der Nießbrauch an Forderungen, Marburg 1880, 9;

[5]) 95, 117.

Beziehungen zu dem Berechtigten und zu dem Verpflichteten in dem „dienenden" Recht[1]).

Recht im subjektiven Sinne ist aber nach Windscheid[2]) die dem Berechtigten erteilte Willensmacht konkreten Inhalts, der von der Rechtsordnung in concreto erlassene Befehl, der bestimmend ist für jeden, dem Berechtigten gegenüberstehenden Willen dergestalt, daß er sich jener Willensmacht entsprechend zu verhalten hat.

Angewandt auf das dingliche Recht am Recht, richtet sich der demselben zu Grunde liegende Befehl an den Berechtigten und Verpflichteten im „dienenden Recht". Hieraus folgert Schwedler ein doppeltes für sein dingliches Recht am Recht:

---

[1]) Ähnlich Bekker, Kr.V.J.Schr. 6, 479: „Jedes Recht an einem Recht hat nicht blos ein ideales, sondern zugleich zwei reale Objekte"; Stammler, 22 fg.; Neuner, 79; Bähr in Jherings J. 1, 385.

[2]) § 37. Weiter gehen Crome § 29, 2: „Macht zur Verwirklichung rechtlich anerkannter Zwecke"; Dernburg, Pand. § 39: „ein dem Individuum nach der Rechtsordnung zustehender Anteil an den Lebensgütern": R. Leonhard, Allgem. Teil § 45, II: „ein von einem Rechtssatz verliehener Vorteil, gesichert durch einen Einfluß auf fremdes Verhalten". Es kann im Rahmen dieser Arbeit nur derjenige Begriff des subjektiven Rechts berücksichtigt werden, der im allgemeinen bisher als der herrschende anerkannt worden ist. Vgl. auch Stammler, Einl. S. VII. Insbesondere ist es nicht am Platze, auf die neuerdings von Thon in seiner Schrift: Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878, aufgestellte Theorie des subjektiven Rechts (bes. 218 ff.) einzugehen. Das subjektive Recht besteht nach ihm „in der Verheißung eventueller Ansprüche". Anspruch ist aber nach Thon, S. 228, „die von der Rechtsordnung verliehene Macht, die Vorbedingung für den Eintritt der Imperative zu setzen, welche bestimmten staatlichen Organen — zumeist den Gerichten — die Gewähr von Rechtshilfe befehlen". Dieser Begriffsbestimmung ist am meisten verwandt die von Jhering, Geist III §§ 60, 61: als „rechtlich geschütztes Interesse, rechtliche Sicherheit des Genusses" und von Hartmann, Kr V J Schbr. 22, 546 uud Kohler, Forschungen 46 als „geschütztes Interesse, geschützter Genußgehalt" aufgestellte. Vgl. auch Eberh. Fr. Bruck, Bedingungsfeindl. Rechtsgeschäfte, Breslau 1904, 103. Nach Demelius, 62 ff. ist eine rein juristische Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts ohne Verwertung seiner wirtschaftlichen Funktionen im Einzelnen überhaupt nicht möglich. Zunächst wird mit Bekker in Jherings J. 12, 4 daran festzuhalten sein, daß an „ein wirkliches Feststellen des Begriffs (des subjektiven Rechts) einstweilen nicht zu denken ist. Wer damit operieren will, muß seinen Begriff für sich abschließen und festhalten".

1. daß der Berechtigte in rechtliche Beziehungen tritt zu dem Gläubiger und dem Schuldner in dem seinem Rechte unterworfenen Recht,
2. daß die Summe seiner rechtlichen Befugnisse gegenüber dem Schuldner im „dienenden Recht“ in diesem unterworfenen Rechte schon implicite muß enthalten gewesen sein; denn dieses Recht bilde immer die Quelle seines eigenen Rechts.

Beide Folgerungen sprechen aber in Wirklichkeit gegen das, was Schwedler beweisen will.

Denn: ergeben sich lediglich unmittelbare Beziehungen des einen Rechtssubjekts zu ganz bestimmten andern Rechtssubjekten, so kann es sich nur um rein persönliche Befugnisse des ersten Rechtssubjekts handeln. Und wenn sich, wie beim Forderungspfandrecht, das Recht des Jnhabers dieser persönlichen Befugnisse in seinen Beziehungen zu dem Berechtigten und Verpflichteten im „dienenden Rechte“ völlig erschöpft, so folgt hieraus, daß dieses Pfandrecht an der Forderung nur als ein obligatorisches Recht konstruiert werden kann[1]). Dennoch hält es Schwedler für ein dingliches Recht. Ist es doch grade der Grund für die Scheidung der Rechte in dingliche und persönliche, daß jene losgelöst vom Willen eines Verpflichteten, die unmittelbare Herrschaft über ein Rechtsobjekt gewähren, während diese eine Einwirkung auf das Objekt gestatten nur durch Vermittelung eines bestimmten andern, dem Willen des Berechtigten unterworfenen Willens. Bei jenen ist ein Rechtsobjekt, bei diesen ein Rechtssubjekt unterworfen der rechtlich geschützten Willensmacht.

Und soll nun nach Schwedler das unterworfene Recht stets die Quelle des herrschenden sein, wie ist es dann möglich, daß

[1]) Dadurch wird aber die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der Pfandgläubiger auch noch zu andern Personen in rechtliche Beziehungen tritt. So wirkt z. B. die Forderungsverpfändung nach § 48 K. O. auch gegen die Konkursgläubiger des Verpfänders. Dies sind aber nur Wirkungen sekundärer Natur, aus denen ein Schluß auf den Dinglichkeitscharakter des Forderungspfandrechtes nicht gezogen werden kann. Dagegen spricht schon der Umstand, daß auch das handelsrechtliche Zurückbehaltungsrecht nach § 49 Abs. 1 No. 4 K. O. das Recht auf abgesonderte Befriedigung gewährt. Das Zurückbehaltungsrecht ist aber eine lediglich im Wege der Einrede wirksame Befusnis, der ausschließlich persönliche Ansprüche entspringen.

das letztere mit stärkerer, gegen jeden Dritten sich richtenden Wirksamkeit soll ausgestattet sein?

So gibt denn auch Schwedler zu, „daß von einem dinglichen Recht an einem Recht niemals in demselben Sinne könne die Rede sein, wie von einem dinglichen Recht an einer Sache, nämlich in dem Sinne einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache unter Ausschluß aller andern."

Mit der Möglichkeit einer das Rechtsobjekt unmittelbar ergreifenden Gewalt hängt aber die andere Eigenschaft der dinglichen Rechte zusammen: die ihnen erteilte Verfolgbarkeit gegenüber jedermann. Grade hierin liegt der Grund ihrer höheren Sicherheit. Ist aber die Forderung, wie jedes Recht, eben nur eine in der Gedankenwelt vorhandene Größe, hat es keine reale, sondern nur eine ideelle Existenz, und kann es mangels jeder räumlichen, das unmittelbare Herrschaftsverhältnis garantierenden Beziehungen nie in derselben Weise Gegenstand menschlicher Einwirkung sein, wie eine Sache, so kann die Forderung auch weder Dritten gegenüber wirksam geschützt, noch — mangels eines körperlichen Substrats — Dritten gegenüber wirksam verfolgt werden.

Daher ist es eine zwingende Alternative, daß ein dingliches Recht am Recht entweder nur in demselben Sinne möglich ist, in dem ein Recht an der Sache ein dingliches Recht ist, oder daß überhaupt nicht von einem dinglichen Recht an einem Recht als von einem besonderen Rechtsbegriff gesprochen werden kann.

Im gemeinen Recht ist denn der Begriff des dinglichen Rechts als eines subjektiven Rechts, das körperliche Gegenstände der Willensmacht des Berechtigten unmittelbar unterwirft, von der Wissenschaft streng festgehalten worden[1]). Mithin ist im gemeinen Recht für dingliche Rechte an Rechten kein Raum; es kann daher auch das Pfandrecht an Forderungen nach gemeinem Recht nicht als ein dingliches Recht an der Forderung konstruiert werden[2]).

---

[1]) Windscheid § 40; Dernburg §§ 22, 192; Regelsberger, Pand., Leipzig 1893, § 50 II; Bekker, System § 25; v. Keller § 16 I; Vangerow § 113.

[2]) Dernburg, Pfandr. I, 461 f.; Gesterding, Pfandr. 76; Puchta, Inst. II § 250; Bekker § 34 Anm. f, m; v. Keller § 19I. A. A.: Bremer,

Was das BGB. anbelangt, so behandelt es im „Sachenrecht“ neben den Rechten „an Sachen,“ den dinglichen Rechten des gemeinen Rechts, auch Rechte „an Rechten,“ nämlich Nießbrauch an Rechten und Pfandrecht an Rechten, §§ 1068 ff, 1273 ff. Es reiht im System dem Pfandrecht an beweglichen Sachen unmittelbar ein „Pfandrecht an Rechten“ an. Das Forderungspfandrecht, als Spezialfall des Pfandrechts an Rechten, wird also im Sachenrecht behandelt, obwohl das BGB. in § 90 ausdrücklich den Begriff der „unkörperlichen Sache“ ablehnt[1]).

Aus dieser Stellung des Forderungspfandrechtes im System jedoch folgern zu wollen, daß es ein Sachenrecht im Sinne des BGB., also ein dingliches Recht an der Forderung sei[2]), wäre ebenso verfehlt, als wollte man aus dem bloßen Sprachgebrauch „Recht am Recht“ Schlüsse auf die begriffliche Möglichkeit desselben ziehn.

Abgesehen von der gleichen, in den Pandektenlehrbüchern befolgten Systematik, ist jene Stellung insofern eine zweckmäßige, als die Rechtssätze über das Mobiliarpfandrecht entsprechende Anwendung finden sollen, § 1273 Abs. 2 S. 1; ein für ein Gesetzbuch durchaus maßgebender Standpunkt.

Daß das Forderungspfandrecht aber auch nach bürgerlichem Recht nicht als ein dingliches Recht am Recht konstruiert werden kann, ergibt sich aus folgenden Erwägungen.

Während das gemeine Recht, im Anschluß an das römische, jedem dinglichen Rechte absoluten Rechtsschutz verleiht — ubi meam rem invenio, ibi vindico[3]) —. ist das BGB. einer Grundidee des deutschen Rechtes gefolgt, nämlich daß an Fahrhabe, entsprechend dem Grundsatze: „Hand muß Hand wahren,“ von dem nur durch das Gedinge gebundenen Vertrauensmann an Dritte Eigentum und andere dingliche Rechte übertragen werden können

---

210: „Ist das pignus nominis ein Pfandrecht, so muß es auch ein dingliches Recht sein“ und teilweise die Praxis; vgl. bes. Seuff. A. II; No. 114: VIII No. 18.

[1]) Gierke, Entwurf eines BGB. erster Lesung, Leipzig 1881, 361.

[2]) Diesen Schluß zieht Müller: Forderungspfandrecht und Sicherungscession, Düsseldorf 1897, 12 f. aus der Stellung des pignus nominis im Digestensystem.

[3]) Ausnahme: exceptio rei venditae et traditae.

mit der Wirkung, daß nicht nur die Klage des ursprünglichen Berechtigten ausgeschlossen ist, sondern der Dritte positiv Eigentum erwirbt[1]). Da nämlich auch nach BGB. an körperlichen Gegenständen sowohl Eigentums- als Pfandrechtserwerb durch einen Nichtberechtigten grundsätzlich zulässig ist — §§ 932 bis 935, 1207 und §§ 366, 367 HGB., guter Glaube des Erwerbers vorausgesetzt — so kann auch nicht mehr vom absoluten Klageschutz als einer unfehlbaren Eigenschaft des dinglichen Rechtes die Rede sein[2]).

Untrügliches Kennzeichen für das Vorhandensein eines dinglichen Rechts aber ist auch nach BGB. die unmittelbare Rechtsmacht einer Person über eine Sache; sein begriffliches Merkmal ist „die von der Rechtsordnung anerkannte, die körperlichen Rechtsgüter unmittelbar ergreifende Gewalt“[3]).

„Das Wesen der Dinglichkeit liegt in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache.“ „Entscheidend ist nur, daß das Recht sich ohne Willen eines Andern zu betätigen vermag, daß das Vorhandensein eines Verpflichteten nicht erfordert wird. Hieraus folgt, daß dingliche Rechte nur stattfinden können an Sachen im eigentlichen Sinne, an körperlichen Gegenständen. Über Dinge, welche nur in der Vorstellung bestehen, namentlich über Sachgesamtheiten und Rechte, läßt sich eine reale Macht nicht ausüben“[4]).

Daß das BGB. als Gegenstand dinglicher Rechte unkörperliche Rechtsobjekte hat ausschließen wollen, findet seinen prägnantesten Ausdruck jedenfalls darin, daß es von dinglichen Rechten nur als von Rechten „an Sachen“ spricht; Sachen aber sind nach ihm nur körperliche Gegenstände, § 90.

So ist denn unser Resultat auch für das BGB. zunächst ein negatives: Das Forderungspfandrecht ist in jedem Falle kein dingliches Recht am Recht, kein Sachenrecht im Sinne des BGB.[5]).

---

[1]) Sachsenspiegel II, 60 § 1.

[2]) Vgl. Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit, Berlin 1899, 10; Planck III, 9 Vorbem. II, 4.

[3]) Endemann, Einführung in das Studium des BGB., Berlin 1899, II, 14; Cosack II § 1.

[4]) Mot. III, 2.

[5]) So: Endemann § 143; Cosack § 170, 5; Dernburg § 278 I; Fischer, Sachenrecht in der Sammlung von Vorträgen über den Entwurf,

Trotzdem ist es ein Pfandrecht; denn die „Dinglichkeit“ allein macht noch nicht das Wesen eines Pfandrechtsverhältnisses aus. Das Pfandrecht ist eben nicht von „formal einheitlicher Struktur: es läßt neben körperlichen Sachen auch Servituten, Forderungen, ja Pfandrechte selbst als Pfandobjekte dienen“ [1]). Das Pfandrecht wird „durch seinen Zweck charakterisiert; es ist, ähnlich der Dosbestellung, ein allgemeiner Charakter, welchen Rechtsgeschäfte verschiedener Art annehmen können“ [2]). Es gehört zu einer Gruppe von Rechten, „die in den verschiedensten Gestaltungsformen auftreten können und bei welchen jede einzelne dieser Gestaltungsformen vollständig charakterisiert wird nur durch Bezugnahme auf ein bestimmtes anderes Recht“ [3])[4]).

Der hier bekämpften Auffassung steht diejenige nahe, welche das Recht am Recht, und auch das Forderungspfandrecht, als ein absolutes Recht charakterisiert.

So lehrt Crome [5]), daß „der Berechtigte im Rahmen seines Rechts und kraft desselben über das unterliegende Recht herrschen darf, und zwar allen dritten Personen gegenüber. Letztere müssen dies respektieren, dürfen den Berechtigten in seinem dementsprechenden Verhalten weder stören noch beeinträchtigen. Insofern ist das Recht am Recht ein absolutes, gegen jeden Dritten wirkendes Recht.“ „Ist das unterliegende Recht ein relatives, so tritt, insofern es selbst Gegenstand eines Rechtes wird, die absolute

---

Berlin 1896, § 2; unbestimmt Biermann, Sachenrecht, Kommentar, Berlin 1898, Anm. 3 zu § 1273: „Die rechtliche Konstruktion des Pfandrechts an Rechten läßt sich z. Z. noch nicht geben: doch dürfte keine Bestimmung der Annahme eines Rechts am Recht entgegenstehen“. A. A.: Schwedler 91, 139 f.; Planck III, Vorbem. zum 9. Abschnitt, 2. Titel: „Pfandrecht an einem Recht gibt dem Pfandgläubiger ebenso wie das Pfandrecht an einer Sache eine vom Willen des Verpfänders unabhängige, unmittelbare Herrschaft über seinen Gegenstand“. Willenbücher, Liegenschaftsrecht des BGB., Berlin 1904, Anm. 4 zu § 1273.

[1]) Örtmann, Arch. Civ. Prax. 79, 259.

[2]) Dernburg, Pfandr. I, 96.

[3]) Strohal in Grünhuts Z. 7, 407.

[4]) Verfehlt ist es daher auch, dem Pfandrecht des BGB. allgemein den Charakter der Dinglichkeit zu versagen. Dies tut v. Schwind 199 f., indem er jedes Pfandrechtsverhältnis als eine „persönliche Haftungsform“ erfaßt.

[5]) Crome, § 32 Anm. 5.

Seite in den Vordergrund.“ Fuchs, 101, findet die theoretische Einheit des Sachen- und Rechtspfandrechts darin, daß das Pfandrecht nichts anderes ist, als die „absolute Obligation des Eigentümers eines Vermögenswertes und seiner Rechtsnachfolger, die Verwertung des Pfandobjektes . . . zu ermöglichen oder zu dulden.“ Es wird also auf die Absolutheit des Klageschutzes abgestellt und für möglich gehalten, mit demselben auch „den Genuß gewisser, nur in der Vorstellung bestehender Dinge auszurüsten“ [1]).

Für das Forderungspfandrecht ist diese Absolutheit des Klageschutzes jedenfalls nicht nachzuweisen. Denn wenn auch der Pfandgläubiger gegen jeden Erwerber der verpfändeten Forderung Rechte erwirbt, so scheidet doch immer der frühere Verpfänder bei rechtmäßiger Veräußerung aus dem Haftungsverhältnisse zum Pfandgläubiger aus, und es bleibt stets bei einem obligationenrechtlichen Verhältnisse zwischen dem letzteren und dem jeweiligen Inhaber der Forderung. Dieser ist es einzig und allein, der dem Pfandgläubiger für jede unerlaubte Verfügung über die Forderung verhaftet bleibt. Im übrigen ist nur noch der Drittschuldner eine aus dem Verpfändungsvertrage verpflichtete Person [2]). Allerdings wirkt das Rechtsverhältnis — wie jedes Schuldverhältnis — insofern absolut, als es nicht nur vom Verpflichteten, sondern auch von jedem Dritten zu respektieren ist, indem der Verletzende den Vertragsparteien aus seiner unerlaubten Handlung zum Schadensersatze verpflichtet wird [3]). Diese Wirkungen sind aber nur sekundärer Natur und für die Begriffsbestimmung nicht erheblich [4]).

Sodann aber verleiht der Verpfändungsvertrag — und dies ist das Wesentliche — dem Forderungspfandgläubiger nie absolute Kraft gegen alle Eigentümer des geschuldeten Leistungsgegenstandes, denn die verpfändete Forderung ist und bleibt stets

---

[1]) Fuchs, 17.

[2]) Über das Verhältnis zu den Konkursgläubigern vgl. S. 41 Anm. 1.

[3]) § 823 BGB. Hierüber handelt Otto Fischer: „Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem BGB“. Die Arbeit erscheint demnächst in den Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß, herausgeg. von O. Fischer, Breslau.

[4]) Vgl. auch Crome § 30 Anm. 1.

obligatorisch. Ist nach Fälligkeit der Pfandforderung der Pfandgläubiger zur Einziehung befugt, so „kann der Schuldner nur an ihn leisten“ — § 1282 BGB. Durch Leistung an einen Dritten wird er von seiner Haftung dem Pfandgläubiger gegenüber nicht befreit. Deshalb muß auch Fuchs, 94 zugeben: „Ist die unmittelbare dingliche Kraft des Pfandrechts vorher noch nicht genügend gespannt, so ist bis zu dem Zeitpunkte, wo das Objekt aus dem Vermögen des Schuldners in das des Verpfänders hinübergeschafft wird, eben nur eine mittelbare Herrschaft vorhanden.“

§ 5.

β) Theorie vom „persönlichen“ Recht am Recht.

Wir haben uns nunmehr mit der Ansicht derer auseinanderzusetzen, die das Forderungspfandrecht zwar nicht für ein dingliches, wohl aber überhaupt für ein Recht am Recht halten. P. Kretschmar[1]) nämlich sieht den Wesensinhalt des als Recht am Recht gedachten Forderungspfandrechts in der „Befugnis, die in dem regierten Rechte enthaltene Macht kraft eigenen Rechtes . . . auszuüben“, Windscheid[2]) in der eigenen Ausübung des fremden Rechts zu eigenem Nutzen, in dem Recht, ein bestehendes fremdes Recht, die Forderung, für sich geltend zu machen, und Crome[3]) in der „bestimmt umgrenzten Herrschaft über die Macht, welche das unterliegende Recht dem Inhaber des letzteren gewährt“.

Das Recht, die Forderung für sich geltend zu machen, soll demnach ein besonderes, über dem unterworfenen Rechte stehendes, von diesem völlig verschiedenes Recht sein. Gehen wir wieder von dem Windscheid'schen Begriff des subjektiven Rechtes aus, so würde das Verhältnis des herrschenden Rechts zum dienenden so zu fassen zu sein, daß der A, wenn er das Wollendürfen des B für sich geltend machen darf, das Wollendürfen des B in gewissem Umfange selbst wollen darf, daß das Wollendürfen des B in gewissen Grenzen zu einem Wollendürfen des A geworden ist. Dann aber ergibt sich folgende Alternative: Entweder ist das Wollendürfen des B durch das Wollendürfen des A aufgehoben

[1]) 190. [2]) Pand. § 121, bes. Anm. 13, § 48a, Anm. 2. [3]) § 32.

worden[1]) — und davon kann beim Forderungspfandrecht nicht die Rede sein, da die Forderung des Verpfänders für diesen unversehrt fortdauert, sodaß es ihrer Wiederherstellung bei Tilgung der Pfandschuld nicht erst bedarf — oder aber das Wollendürfen des B besteht neben dem Wollendürfen des A fort, durch dieses nur inhaltlich beschränkt und begrenzt. Dann aber stoßen wir auf einen inneren Widerspruch[2]). Nämlich: B hat zwar sein Wollendürfen behalten, denn er bleibt Inhaber der verpfändeten Forderung; aber er darf andrerseits nicht wollen, denn der A darf jetzt in den durch den Pfandrechtszweck gesteckten Grenzen wollen, was ursprünglich der B allein wollen durfte. Soweit A wollen darf, hat es mit dem freien Wollendürfen des B aufgehört. Denn A darf den Inhalt des Wollendürfens des B, soweit es der Pfandzweck erfordert, für sich selbst in Anspruch nehmen. Es deckt sich also in gewissem Umfange das Wollendürfen des A mit dem Wollendürfen des B, es ist insoweit mit ihm identisch, und es kann deshalb unmöglich jenes Wollendürfen dieses Wollendürfen zu seinem Gegenstande haben. So faßt denn auch Windscheid[3]) den Begriff des Rechts am Recht nur dahin auf, daß das Recht, ein fremdes Recht geltend zu machen, bereits „in dem Begriff des Rechtes mitgedacht", daß also das Recht am Recht in diesem Sinne nichts anderes ist, „als das Recht selbst, nur nicht als ruhend aufgefaßt, sondern als in Tätigkeit gesetzt"[4]). A soll eben nur das zu seiner pfandrechtlichen Sicherung und Befriedigung wollen dürfen, was auch der B wollen darf. Ist indessen der Ausdruck: Recht am Recht nicht nur „schwer zu entbehren für den Fall, wo ein anderer, als der eigentlich Berechtigte, berechtigt ist, das Recht in gewissem Umfange für sich

[1]) Von diesem Gesichtspunkte aus wendet sich Kohler, Forschungen 46, gegen Hartmann, Kr.V.J.Schr. 22, 546 und seine Auffassung vom Recht am Recht: „mein Interesse, mein Beteiligtsein an einem bestimmten Genußobjekt kann nicht wieder das Genußobjekt für einen Andern bilden: entweder darf ich genießen oder ein Anderer, entweder liegt der Salm auf meinem Teller oder auf dem meines Nachbarn".

[2]) Vgl. auch Exner, 14; Mansbach, 11 f.

[3]) Pand. § 48a, 2.

[4]) Vgl. schon Puchta im Rhein. Mus. 1, 288: Wenn „man Rechte an Rechten annimmt, so verwechselt man die Gegenstände der Unterwerfung mit der Unterwerfung selbst".

geltend zu machen“ [1]), sondern ist er in seiner Anwendung auf Spezialfälle auch gesetzlich anerkannt, so ist gegen diesen Sprachgebrauch nicht das Mindeste einzuwenden, wenn nur mit diesem Ausdrucke nicht der Gedanke eines besonderen Rechtsbegriffs verbunden wird.

Aber auch die Auffassung P. Kretschmars [2]) vermag die von uns vorgebrachten Gründe nicht zu entkräften. Kretschmar beruft sich darauf, daß die Parteien beim Vertragsschluß in erster Linie „eine durch das Recht des Bestellers vermittelte rechtliche Herrschaft wollen“, sodaß das verpfändete Recht als Gegenstand des herrschenden Rechtes erscheint. „Nur soweit solche mittelbare Herrschaft die Intention der Parteien nicht zu decken vermag, greift subsidiär eine unmittelbare Beziehung des regierenden Rechts zu dem Objekte des unterworfenen Rechtes Platz.“ Kretschmar nimmt also nicht nur eine rechtliche Unterworfenheit des beherrschten Rechts, sondern, wenn auch nur subsidiär, eine solche des Objektes des letzteren an [3]).

Wenn solche subsidiäre Unterwerfung des Gegenstandes des unterworfenen Rechts stattfinden soll, wenn also der Inhaber des regierenden Rechts auch auf den Gegenstand jenes Rechtes soll einzuwirken berechtigt sein, so tut er in Wahrheit nichts anderes, als was auch der Inhaber des unterworfenen Rechtes selbst getan haben würde, wenn er nicht durch die Existenz des durch sein Zutun geschaffenen, regierenden Rechts an der eigenen Ausübung seines Rechtes gehindert wäre. Zwar wird durch die Ausübung des unterworfenen Rechtes seitens des Forderungspfandgläubigers jenes Recht für den ursprünglich allein berechtigten Verpfänder zerstört; es wirkt aber der Pfandgläubiger durch Ausübung des verpfändeten Rechtes auf dessen Leistungsgegenstand genau in derselben Weise ein, wie der Verpfänder selbst im Falle der eigenen Ausübung seines Rechts.

Auch unter Zugrundelegung der Kretschmar'schen Auffassung gelangen wir also zu dem Resultat, daß das Recht, die fremde Forderung für sich geltend zu machen, in Wahrheit nichts anderes darstellt, als das Forderungsrecht selbst, daß jenes Recht in diesem

[1]) Windscheid a. a. O.

[2]) 186, 191.

[3]) Ebenso Crome § 32 i. f.

bereits enthalten, daß es mit ihm identisch, daß es also als ein besonderes, über ihm stehendes Recht nicht zu erachten, daß folglich das sogenannte Recht am Recht jedenfalls nicht als ein eigener Rechtsbegriff zu konstruieren ist.

Hiergegen spricht schon der Umstand, daß, wenn Rechte, als einem rechtlichen Willen unterworfen, als Gegenstände anderer Rechte sollen angesehen werden, kein Grund vorhanden ist, diese Rechte an Rechten nicht wiederum selbst als Gegenstand von andern Rechten zu betrachten und so fort. Ein Pfandrecht an einem Forderungspfandrecht — möglich nach § 1274 Abs. 2, vergl. auch § 1273 Abs. 2 mit § 1256 Abs. 1 S. 2 BGB. — wäre demnach aufzulösen als ein „Recht an einem Recht am Recht.“ Wenn es nämlich gestattet ist, eine solche Progression überhaupt anzufangen, so muß es auch gestattet sein, sie nach Belieben fortzusetzen[1]). Da hilft auch der bedenkliche Einwand nichts, daß es unzulässig sei, mit solcher Progression „Mißbrauch zu treiben“[2]). Soweit positivrechtliche Grenzen nicht gezogen sind, kämen wir in der Tat dazu, die Progression in das Unendliche weiterzuspinnen!

Es werden daher diejenigen, welche die Fähigkeit des Rechts, Objekt eines andern Rechts zu sein, behaupten, „die Art, in welcher das Recht als Objekt erscheint, näher zu charakterisieren und die dogmatische Fruchtbarkeit dieser Vorstellung“ erst noch „positiv nachzuweisen haben“[3]).

Bislang leidet die Theorie an dem empfindlichen Mangel, daß sie von ihren Vertretern selbst nicht in allen Konsequenzen durchgeführt zu werden vermag. So wird eingeräumt, daß in der Anwendung der für das Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Verpflichteten geltenden Vorschriften, in dem Einziehungsrechte des ersteren „der Cessionstheorie zweifellos Zugeständnisse gemacht worden sind“[4]), so bewegt man sich unbewußt auf dem Boden

---

[1]) Auch Mansbach 12; Puchta a. a. O.; Kohler a. a. O.: „wobei sich dann allerdings ein Genuß über den andern und damit ein Genußrecht über das andere aufstaffeln ließe“.

[2]) Stammler, 11 Anm. 5.

[3]) P. Kretschmar, 186.

[4]) Schumann, Konstruktion und Streitfragen des pignus nominis, Halle 1899, 35.

der Cessionstheorie, wenn man dem Pfandgläubiger die Befugnis zuspricht, die in dem regierten Rechte enthaltene Macht kraft eigenen Rechtes auszuüben[1]), oder wenn man sagt, daß mit der Verpfändung „an Stelle der Willensmacht des Gläubigers" diejenige des Pfandgläubigers maßgebend geworden sei[2]).

Einen besonderen Begriff hat Thon[3]) in seiner „Befugnis am Recht" aufgestellt, indem er hierunter die Möglichkeit versteht, daß der Berechtigte die Dispositionsbefugnis über sein Recht auf einen andern überträgt. Thon geht hierbei von der Prämisse aus, daß die Veräußerungsbefugnis nicht zum Inhalt des subjektiven Rechts gehöre. Er deduziert folgendermaßen:

„Die Veräußerung seitens des Eigentümers überträgt Eigentum. Die Macht, die das Eigentum überträgt, kann nicht Bestandteil desselben sein; sie muß außerhalb des Eigentums liegen." (S. 327.)

„Das Eigentum ist die regelmäßige Voraussetzung für die rechtliche Wirksamkeit einer Verfügung über dasselbe, nicht aber die Quelle und der Grund dieser Macht. Dies zeigt sich, wenn ausnahmsweise Recht und Verfügungsmacht auseinanderfällt." (S. 329.) Dies ist der Fall beim Verschwender, dem die Disposition über sein Vermögen entzogen wird, beim Vormund, der, ohne Eigentümer zu sein, über das Vermögen seines Mündels verfügen darf, beim redlichen Erwerber, der nach Handelsrecht auch dann Eigentum erwirbt, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer war. (S. 329 f.). Hieraus folgert Thon, daß die Befugnis, über das einzelne Recht zu verfügen, nicht zu dem Inhalt dieses Rechtes gezählt werden darf; sie hat nach ihm vielmehr eine eigene selbständige Existenz neben jenem Recht. (S. 335.)

Thon schießt indessen mit seiner Schlußfolgerung weit über das Ziel hinaus. Aus seinen Beispielen erhellt nur, daß die Veräußerungsbefugnis nicht in jedem Fall mit Notwendigkeit zum Inhalte des an sich übertragbaren Rechtes gehört. Nach herrschender Ansicht ist aber die Veräußerung gerade ein Akt der Ausübung des Rechts seitens des Berechtigten. Diese kann nur stattfinden, wenn in der Person des Veräußerers die Voraussetzungen

[1]) P. Kretschmar, 190.
[2]) Schwedler, 150.
[3]) 182 Anm. 72.

der Rechtsausübung gegeben sind. Daher vermag einerseits der Verschwender seine Vermögensrechte nicht zu veräußern, weil seine Geschäftsfähigkeit eine verminderte ist; andrerseits vermag nur der Vormund die Rechte des Mündels zu übertragen, weil er rechtlich an Stelle des Mündels zu verfügen berufen ist. Hat Thon sonach die Ansicht, daß die Veräußerungsbefugnis zum Inhalte des Rechtes gehört, nicht zu widerlegen vermocht, so fällt auch sein Begriff der Befugnis am Recht[1]).

Alle diese Erwägungen müssen nun für das gemeine Recht wie für das Recht des BGB. in gleicher Weise durchschlagend sein; denn der Begriff des subjektiven Rechts ist vom Gesetzgeber durch positive Vorschriften nicht in der Weise festgelegt worden, noch konnte er in der Weise festgelegt werden, daß wir an eine ganz bestimmte theoretische Auffassung desselben gebunden sind. Es muß vielmehr der bisher von der Wissenschaft als maßgebend anerkannte Begriff des subjektiven Rechts auch für das System des BGB. seine Geltung behalten. Es ist uns wenigstens keine Bestimmung des BGB. bekannt, deren materieller Inhalt geeignet wäre, die bisherigen Grenzen des Begriffes nach irgend einer Richtung zu durchbrechen.

Wir müssen nach alledem auch für das Recht des BGB. anerkennen, daß „der Gegensatz von Sachenrechten und Forderungsrechten durchgehends eine erschöpfende Alternative für die möglichen Arten der Vermögensrechte enthält[2])".

§ 6.

b) Successionstheorien.

Gehen die Anhänger der Theorie vom Recht am Recht davon aus, daß durch die Verpfändung der Forderung für den Pfandgläubiger ein neues selbständiges Recht mit einem bisher noch nicht dagewesenen Inhalt erzeugt werde, entstanden im Wege völliger Neubegründung, so ist der den Successionstheorien gemeinschaftliche Grundgedanke der, daß hier ein Rechtsübergang stattfinde, daß der Pfandgläubiger sein Pfandrecht erhalte im Wege einer Rechtsnachfolge in die Forderung.

---

[1]) Vgl. auch Hanausek, 51.

[2]) Neuner, 78.

Gegen die Ansicht derer, welche allgemein, auch für das Sachenpfandrecht, eine Rechtsnachfolge des Pfandgläubigers leugnen[1]), hat Exner völlig überzeugende Gründe ins Feld geführt[2]).

Das eine müssen allerdings auch die Anhänger des Successionsgedankens anerkennen, daß nämlich der Pfandgläubiger einmal ein formell neues Recht erwirbt, und zweitens daß sein Recht, einmal entstanden, eine selbständige Existenz genießt. Daß aber die Schöpfung dieses formell neuen Rechtes nicht derart unabhängig von dem rechtlichen Bestande der Forderung sich vollziehen kann, daß diese nunmehr im Rechtssinne Gegenstand jenes Rechtes wird, ist soeben nachgewiesen worden.

Bedeutet nun das Pfandrecht an der Forderung für dessen Inhaber nichts anderes, als daß dieser innerhalb der durch den Pfandzweck gesteckten Grenzen die Forderung für sich selbst geltend zu machen berechtigt ist, so ergibt sich, daß zwischen der Rechtsstellung des Pfandgläubigers und derjenigen des Forderungsberechtigten ein Kausalzusammenhang obwalten muß dergestalt, daß die Stellung des letzteren nach Art und Umfang durchaus maßgebend und vorbildlich ist für diejenige des Pfandrechtserwerbers. Wird dessen Rechtslage im Augenblick der Begründung vollständig bestimmt und begrenzt durch die Rechtslage des ursprünglichen Gläubigers, des Verpfänders, wird sie von jener in materieller Hinsicht völlig beherrscht, so ist auch der Rechtserwerb des Pfandgläubigers nur ein derivativer.

Die materielle Abhängigkeit des Pfandrechts von dem rechtlichen Bestande der Forderung zeigt sich aber schon darin, daß jenes Recht, ganz so wie dieses, nur gegen denselben Schuldner, nur in Höhe derselben Leistungspflicht und zu demselben Fälligkeitstermine geltend gemacht werden kann, daß es mit denselben Vorzugsrechten ausgestattet, mit denselben Mängeln — Einreden — behaftet ist, wie die Forderung[3]). Der Pfandgläubiger kann mithin sein Recht nur auf denselben Tatbestand zurückführen, auf dem auch das Recht des Verpfänders beruht. Der für den

---

[1]) So: Sohm, 9.

[2]) 53 ff.: Pfandrechtserwerb als Succession.

[3]) Vgl. §§ 1275, 404 ff. BGB.

Pfandgläubiger sich vollziehende Rechtserwerb ist folglich ein derivativer.

Es erübrigt noch, einen Einwand zurückzuweisen, der neuerdings gegen jede Darstellung des Forderungspfandrechtes als entstanden im Wege einer Rechtsnachfolge geltend gemacht worden ist[1]). Es wird nämlich als ein Grundfehler jeder Successions-Theorie erachtet, „daß sie die Frage nach der Natur eines Rechtsverhältnisses beantworte mit der Auskunft über einen rechtlichen Vorgang. Beide seien inkomparable Größen".

Ist nun der Begründungsakt eines jeden Rechtsverhältnisses die Voraussetzung für seinen rechtlichen Bestand, nimmt es durch denselben alle jene Eigenschaften in sich auf, die später seinen Wesensinhalt ausmachen, so kann man sich unmöglich der Erkenntnis verschließen, daß die Natur eines jeden Rechtsverhältnisses durch die „richtige Auffassung seiner genesis" gradezu bedingt werde[2]).

Im übrigen gehen die Successionstheorien lediglich davon aus, daß das Forderungspfandrecht ein eigenartig gestaltetes persönliches Recht sei, das sich im Einzelnen allerdings nur näher charakterisieren lasse durch die Beantwortung der Frage nach der Art des sich vollziehenden Rechtsüberganges.

Während nämlich die Cessionstheorie im allgemeinen das Recht des Pfandgläubigers entstehen läßt durch Übertragung des Forderungsrechtes aus der Rechtssphäre des Verpfänders in diejenige des Pfandgläubigers, sodaß dieser „in die konkrete Rechtsstellung seines Urhebers", des Gläubigers, „einrückt"[3]), bleibt nach der Theorie der konstitutiven Succession das Recht des Verpfänders völlig intakt: der Pfandgläubiger rückt nicht in seine Stellung ein, er tritt neben ihn. In jenem Falle handelt es sich um einen „translativen", in diesem um einen „konstitutiven" Rechtsübergang. Wir wenden uns zunächst zur Theorie der konstitutiven Succession, die der Theorie vom Recht am Recht insofern nahe steht, als sie neben das völlig unverändert bleibende Recht des Verpfänders dasjenige des Pfandgläubigers als ein neues, von ihm in näher darzulegender Weise verschiedenes Recht treten läßt.

[1]) P. Kretschmar, 190.
[2]) Vgl. Exner, 53.
[3]) Regelsberger § 120.

§ 7.

α) Theorie der konstitutiven Succession.

Diese Theorie lehrt für das Pfandrecht an Forderungen Folgendes[1]): Wenn ein Recht in der Weise erworben werde, daß der Erwerber ein „aus dem Stoffe des Urheberrechts gegossenes, indessen formell neues Recht“ erhalte, so liege ein Rechtsübergang vor. Nun sei es aber, damit von einer Rechtsnachfolge in ein anderes Recht gesprochen werden könne, keineswegs erforderlich, daß das Recht des Erwerbers den ganzen Inhalt des Urheberrechtes in sich aufnehme, und daß letzteres von der Person seines bisherigen Inhabers losgelöst werde. Denn bei allen Vermögensrechten habe der Berechtigte „die Machtvollkommenheit nicht bloß zur Übertragung seines Rechts, sondern auch zur Begründung neuer, von qualitativ anderem, und zwar beschränktem Inhalt“[2]). Wenn der Eigentümer seine Sache verpfände, so begründe er ein neues, bisher noch nicht dagewesenes Recht. Dieses entstehe auf Grund des bisherigen und sei durch dessen Beschaffenheit bedingt. Der Urheber behalte trotz der Bestellung sein Recht; aber das neue Recht wirke beschränkend auf das Mutterrecht.

Demnach beruhe der Unterschied zwischen der gewöhnlichen Rechtsnachfolge und der konstitutiven darin, daß bei jener ein dem des Autors nicht nur inhaltlich, sondern auch formell völlig gleiches Recht übertragen werde, sodaß das Recht des Autors verschwinde, bei der konstitutiven Succession hingegen ein vom Autorrechte qualitativ verschiedenes Recht beschränkteren Inhalts auf den Erwerber übergehe, während das Urheberrecht unberührt bleibe.

Daß ein solcher konstitutiver Erwerb bei Bestellung des Sachenpfandrechtes stattfinde, wird allgemein anerkannt[3]).

Solche konstitutive Succession finde nun nicht nur bei Bestellung dinglicher Rechte statt, sondern greife auch bei der Forderungsverpfändung Platz. Die Berechtigung dieser Anwendung wird damit begründet, daß „in jedem Pfandrecht das gestaltende

[1]) Mansbach, 32—39; Hanausek 67 ff.; Örtmann, Arch Civ Prax. 81, 83 ff.; Kohler, Forschangen, 42 ff. Bekker § 34.

[2]) Regelsberger § 120 II.

[3]) Bekker § 34; Regelsberger a. a. O.; Wächter § 68 Beil. I; Brinz, Pand. Erlangen 1873, I § 76 I; Exner, 54, 58. Mansbach a. a. O.

Zweckmoment das gleiche sei, und daß das zwischen Eigentum und Sachenpfandrecht bestehende Verhältnis zwischen jedem Rechte des Verpfänders und Pfandgläubigers obwalte," sodaß das „Verhältnis des verpfändeten Rechts zu seinem Pfandrecht in allen Fällen das gleiche sei" [1]). Man beruft sich darauf, daß das Pfandrecht an der Forderung ökonomisch gleich dem an der Sache wirke, und daß deshalb für das Forderungspfandrecht die sachenpfandrechtlichen Grundsätze maßgebend seien [2]).

Unter Zugrundelegung dieser Theorie gestaltet sich beim Forderungspfandrecht dann das Rechtsverhältnis folgendermaßen:

Das Recht des Urhebers ist die Forderung des Verpfänders; das neu konstituierte Recht: das dem Pfandgläubiger an der Forderung eingeräumte Pfandrecht. Jenes Forderungsrecht dauert neben dem neuen Rechte des Pfandgläubigers unverändert fort, inhaltlich beschränkt nur durch das Vorhandensein und die Ausübung des seinem Zwecke nach stärkeren Tochterrechts. Der Form nach sind beide Rechte einander gleich; sie sind Forderungsrechte, schon weil sie auf denselben Schuldgegenstand gerichtet sind. Inhaltlich sind sie verschieden: das Tochterrecht ist qualitativ geringer als das Mutterrecht; dieses geht auf Übertragung des Leistungsobjektes zu Eigentum, jenes auf Übertragung desselben zu Pfandrecht. Erlischt das Forderungspfandrecht, z. B. durch Tilgung der Pfandschuld, so stellt sich das Forderungsrecht, befreit von jeder Beschränkung, von selbst wieder her, so wie es vor Begründung des Tochterrechts gewesen war: „ihm bleibt keine Lücke, und es bedarf also keines Rückerwerbes, um solche zu füllen" [3]). Kommt es zu einer Realisierung des Tochterrechts, so erwirbt der Verpfänder Eigentum, der Pfandgläubiger Pfandrecht an dem Leistungsgegenstand.

Es scheint also der Begriff eines im Wege konstitutiver Succession aus dem Forderungsrechte entstandenen Rechts auf das Forderungspfandrecht sehr wohl anwendbar, und auch darüber würden wir uns hinwegsetzen, daß die zur Rechtfertigung der Konstruktion gegebenen Gründe auf ökonomische Zweckmäßigkeits-

---

[1]) Mansbach 39 f.: ganz ähnlich Kohler, Forschungen. 42.
[2]) Hanausek, 68.
[3]) Bekker § 34, i,

gedanken hinauslaufen — wenn nur die Konstruktion sich überhaupt juristisch halten ließe.

Die zum Beweise des Gegenteils angeführten Gründe sind nicht immer stichhaltige zu nennen.

So soll die Theorie vollkommen unvermögend sein, die Erscheinung zu erklären, daß bei Bestellung mehrerer Pfandrechte an einer Forderung über den Rang derselben die gleichen Grundsätze Platz greifen, wie bei mehrfacher dinglicher Pfandbelastung einer Sache[1]). Denn da die Theorie „ganz auf die Arbeit mit obligatorischen Mitteln verwiesen ist," könne eine durch die Priorität der Begründung herbeigeführte „dingliche Sicherung der Rechtsstellung des ersten Erwerbers" nicht erreicht werden[2]). Daß P. Kretschmar zur Annahme einer dinglichen Sicherung nur durch seine Konstruktion als Recht am Recht geführt worden ist, bedarf nach dem früher Erörterten keines besonderen Beweises. Er selbst läßt uns aber mit einer Aufklärung, wie sich diese dingliche Sicherung gestalten soll, völlig im Stich. Bestehen mehrere Pfandrechte an einer Forderung, so besteht der Vorrang des ersten Pfandgläubigers doch lediglich darin, daß nur er sein Recht geltend zu machen, die Forderung für sich einzuziehen berechtigt ist. Kommt ihm ein nachstehender Pfandgläubiger mit der Einziehung zuvor, so bleibt zwar der Drittschuldner, wenn ihm denunciert worden ist[3]), dem ersten Pfandgläubiger auch weiterhin verhaftet, und es wird diesem im Nichtbefriedigungsfalle gegen den nachstehenden Pfandgläubiger nur der Bereicherungsanspruch zuzusprechen sein[4]). Was nützt ihm aber sein Vorzugsrecht, wenn sich beide als insolvent erweisen, wenn er nicht zu seinem Gelde gelangen kann? Wo bleibt da die dingliche Sicherung? Ist aber, wie wir feststellen konnten, das

[1]) Windscheid § 239 Anm. 11; Dernburg, Pfandrecht I, 470 ff.; Huschke, 61; Hellwig, 211; Eberhard, 27. § 1290 BGB.

[2]) P. Kretschmar, 188, 190.

[3]) Während nach gemeinem Recht der Pfandrechtserwerb sich bereits mit Abschluß des Pfandvertrages vollzieht, und die Denuntiation ein diesem Vertrage resultierendes Sicherungsrecht ist, durch dessen Ausübung der Pfandgläubiger den guten Glauben des Drittschuldners alsbald zu zerstören vermag, wird nach § 1280 BGB die Forderungsverpfändung überhaupt erst wirksam, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt.

[4]) Vgl. l 6 D XII, 5; § 812 BGB.

Forderungspfandrecht jedenfalls ein persönliches Recht, so ist nicht einzusehen, weshalb der Besteller zu Gunsten des Rechtserwerbers anders als obligatorisch beschränkt sein soll.

Ebensowenig durchschlagend sind die Gegengründe von Hellwig und Kleiner, die auf einer schiefen Auffassung des Gedankens der konstitutiven Rechtsnachfolge beruhn. Ihre Beweisführung ist folgende[1]): Beim konstitutiven Übergang verliere das Mutterrecht „einen Teil der bisher gesondert noch nicht existierenden Befugnisse", die nunmehr das Tochterrecht bilden[2]). Es sei deshalb unmöglich, daß das Mutterrecht nach Abtrennung des Tochterrechtes mit den ihm bleibenden Befugnissen unter denselben Rechtsbegriff falle, den früher „die Summe" der in ihm enthaltenen Einzelbefugnisse ausgemacht habe. Nur beim Eigentum führten Beschränkungen desselben eine Änderung seines Rechtscharakters nicht herbei Die Forderung hingegen sei „ein ganz unteilbares Recht."

Demgegenüber ist mit Recht darauf hingewiesen worden[3]), daß es sich beim konstitutiven Rechtserwerb nicht um Loslösung einzelner Befugnisse und deren Abtretung an einen andern handelt. „Ein Forderungsrecht ist, wie jedes Recht, ein organisches Gebilde, nicht eine Summe einzelner, elementarer Befugnisse, von denen beliebig eine oder die andere auf einen Dritten übertragen werden kann. Wäre es eine solche Summe, so müßte beim Wegnehmen auch nur einer dieser Teilbefugnisse das Recht als solches untergehen, und es wäre vor allem nicht erklärlich, weshalb mit dem Aufhören eines neu bestellten Teilrechtes das ursprüngliche Recht völlig ungemindert und unbeschränkt wieder dastehen soll"[4]).

Das Tochterrecht ist mithin nur qualitativ, nicht quantitativ vom Mutterrecht verschieden; dieses wird durch das Tochterrecht nicht gemindert, sondern beschränkt; letzteres ist ein neues, selbständiges Recht, nicht ein „Teil" des ursprünglichen Forderungsrechts.

---

[1]) 25, 26 bez. 66 f.

[2]) Diesen Standpunkt nimmt allerdings Örtmann a. a. O. ein: „Diejenigen Bestandteile des Forderungsrechtes, die durch die Verpfändung vom alten Gläubiger losgelöst werden" u. s. w.

[3]) Stammler, 85; Hölder, Pand. Freiburg i/Br. 1891, 180.

[4]) Stammler, a. a. O.

Sodann aber ist das Tochterrecht in dem Mutterrecht als ein besonderes Recht noch garnicht enthalten, es entsteht vielmehr als besonderes Recht erst durch die Bestellung seitens des Berechtigten im Mutterrecht. Oder will man etwa annehmen, daß z. B der Eigentümer — um bei einem dinglichen Rechte zu bleiben — an der eigenen Sache ein ihn selbst beschränkendes Pfandrecht habe als besonderes Recht neben seinem Eigentum[1])?

Nicht auf die Teilbarkeit des Rechtes kommt es also an; der Grund für die Unanwendbarkeit des Gedankens der konstitutiven Succession auf Forderungsrechte liegt tiefer.

Da nämlich das Mutterrecht unversehrt erhalten bleiben soll, trotzdem unzählige, qualitativ verschiedene Rechte beschränkteren Inhalts aus ihm ausgeschieden werden können, von denen ein jedes sich in letzter Linie in ganz bestimmten Einzelbefugnissen erschöpft, so kann das Mutterrecht notwendig nur ein Recht sein, das begrifflich losgelöst von einer Gesamtheit von Befugnissen gedacht werden kann. Ein solches Recht ist aber allein das Eigentum. Denn das Eigentumsrecht ist die „der Idee nach“ [2]) schrankenlose und ausschließliche Herrschaft über einen körperlichen Gegenstand dergestalt, daß ganz allein der Wille des Eigentümers über die Totalität ihrer rechtlichen Beziehungen zu entscheiden hat. Es ist aber nicht gleich dem Inbegriff aller überhaupt an der Sache denkbaren Befugnisse, sondern es ist mehr, es ist eine über diesen Befugnissen stehende, selbständige Einheit, es ist „die Fülle des Rechts an der Sache“ [3]).

Die unbegrenzte Anzahl der ihm entfließenden Befugnisse sind nur „Äußerungen dieser Fülle“. Deshalb können sehr wohl ungezählte Rechte beschränkteren Inhalts, ein jedes wieder eine Vielheit von Befugnissen enthaltend, aus dem Eigentumsrechte

---

[1]) Kleiner, 66, läßt nämlich den Eigentümer „aus der Summe seiner Rechte an der Sache ein besonderes Recht herausgreifen, z. B. den Nießbrauch, und dieses besondere Recht an der Sache einem andern übertragen“.

[2]) Lazarus, Rechtl. Natur des Pfandrechts an Forderungen, Berlin 1889, 31. Dieser Zusatz ist noch treffender, als der von Windscheid § 167 Anm. 5 gebrauchte: „an sich“.

[3]) Windscheid § 167; Endemann II § 68: das „die Fülle aller Interessen an einer Sache umspannende Recht“. Ernst Bruck, Eigentümerhypothek, Jena 1903, 131: „es ist unmöglich, alle Befugnisse, die in dem Eigentum liegen, aufzuzählen oder zu katalogisieren,“

ausgeschieden werden, ohne daß der Begriff des Eigentums irgend eine Veränderung erleidet. Es wird das Eigentumsrecht durch seine Ausübung nicht nur nicht aufgehoben, sondern vielmehr gestärkt, erhalten und fortgesetzt.

Das Forderungsrecht hingegen ist kein solches ideales Recht. Es erschöpft sich seinem Inhalte nach völlig in den vielleicht sehr zahlreichen Befugnissen gegenüber dem oder den Verpflichteten und fällt mit dem Inbegriff seiner Befugnisse und deren Ausübung zusammen. Darum ist es ganz undenkbar, daß aus ihm eine unbegrenzte Anzahl qualitativ verschiedener Rechte ausgeschieden werden könnte, ohne daß dadurch der Inbegriff seiner Befugnisse vermindert und das Forderungsrecht nicht allein seinem Wesen nach verändert, sondern in letzter Linie völlig würde zerstört werden.

Die Idee der konstitutiven Succession ist daher auf obligatorische Rechte schlechterdings nicht anwendbar[1]), und es kann, da der begriffliche Unterschied von Eigentums- und Forderungsrecht in der dargelegten Weise wie fürs gemeine Recht, so auch fürs BGB. gelten muß[2]), weder nach gemeinem Recht noch nach BGB. das Forderungspfandrecht als ein persönliches Recht konstruiert werden, entstanden aus der Forderung des Verpfänders im Wege konstitutiver Succession.

§ 8.

β. Cessionstheorien.

Ist nach der eben besprochenen Theorie das Recht des Forderungspfandgläubigers ein Recht mit materiell neuem, bisher noch nicht dagewesenem Inhalt, das neben das intakt gebliebene Forderungsrecht tritt, so ist der Grundgedanke der Cessionstheorien der, daß das Forderungsrecht des Verpfänders auf den Pfandgläubiger zwecks Geltendmachung zu Pfandrechtszwecken übertragen werde.

Die Cessionstheorien fußen sämtlich insofern auf gemeinschaftlicher Grundlage, als sie die dem Pfandgläubiger gegebene actio utilis zu ihrem Ausgangspunkte nehmen. Auf die Feststellung

[1]) A. A.: P. Kretschmar, 188 und Schwedler, 110.
[2]) §§ 903 ff.

der Art dieser persönlichen actio utilis kommt es daher vor allen Dingen an.

Sind wir aber zu dem Ergebnisse gelangt, daß zwischen der actio utilis des Forderungspfandgläubigers und derjenigen des Käufers einer Forderung der Gesichtspunkt der juristischen Analogie durchgreift, und sahen wir, daß die gegen den Drittschuldner gerichtete Klage dem Pfandgläubiger in gleicher Weise wie dem Forderungskäufer zusteht[1]), so folgt, daß auch das zwischen Pfandgläubiger und Drittschuldner sich ergebende Verhältnis von gleicher rechtlicher Beschaffenheit sein muß, wie das zwischen dem Käufer einer Forderung und dessen Schuldner sich ergebende. Wie der Käufer einer Forderung die actio des Verkäufers, so erhält der Pfandgläubiger einer Forderung die actio des Verpfänders als utilis.

Diese dem Forderungskäufer utiliter gegebene Klage des ursprünglichen Gläubigers wird aber in gleicher Weise dem Ehemann gegeben, der eine Forderung als dos erhalten hat[2]); eine gleiche utilis actio erhält der Käufer einer Erbschaft[3]), ferner der Gläubiger, der eine Forderung an Zahlungsstatt angenommen[4]), und derjenige, der eine Forderung aus einem Legat erworben hat[5]), kurz: es handelt sich in allen diesen Fällen um jene einheitliche actio utilis, die zunächst vom Prätor für einen konkreten Fall, sodann im späteren römischen Recht schlechthin einem jeden gegeben wurde, der auf Grund irgend eines Rechtsgeschäftes eine Forderung übertragen erhielt zwecks Geltendmachung dieser Forderung gegen deren Schuldner.

Der wirtschaftliche Erfolg, der darin lag, daß jemand an Stelle des ursprünglichen Gläubigers die Forderung selbst auszuüben im Stande war, konnte in älterer Zeit nach dem Berichte des Gaius[6]) nur auf zweierlei Weise erreicht werden. Entweder nämlich bedurfte es eines, auf Anweisung des Gläubigers an den Schuldner zwischen diesem und dem Erwerber zu schließenden Stipulationsvertrages; dann erlosch das ursprüngliche Forderungs-

---

[1]) sic — ut c 7 C IV, 39. [2]) c 2 C IV, 10. [3]) c 5 C IV, 39.
[4]) c 5 C IV, 15. [5]) c 18 C VI, 37. [6]) Inst. II 38, 39.

recht durch Novation. Es wurde an seiner Stelle ein neues Forderungsrecht von gleichem Inhalt, mit dem Erwerber als neuem Gläubiger geschaffen, die alte Obligation also durch eine neue ersetzt.

Oder aber es konnte der Gläubiger unter Benutzung der Möglichkeit prozessualer Stellvertretung den Erwerber durch ein mandatum ad agendum in den Stand setzen, den Anspruch im Klagewege durchzuführen, mit der besonderen Ermächtigung, daß er das im Prozeßwege Erlangte für sich behalten durfte: procurator in rem suam. Freilich erhielt der Letztere mit seiner Bestellung noch kein festes Anrecht auf Inanspruchnahme des Schuldners; seine Rechtsstellung war eine unsichere, denn der Gläubiger konnte nach freiem Belieben den erteilten Auftrag widerrufen, andrerseits erlosch das Mandat durch den Tod des Beauftragten, wie durch den des Auftraggebers[1]). Erst durch die Litiskontestation mit dem Schuldner erhielt der Prozeßführer ein eigenes Recht[2]); infolge Konsumtion der ursprünglichen Obligation durch die Prozeßobligation, infolge Umwandlung des Anspruchs auf dare oportere in den Anspruch auf condemnari oportere war er zum dominus litis geworden.

Das praktische Bedürfnis aber ging dahin, dem Prokurator bereits vor der Litiskontestation Sicherheit zu verschaffen, wenigstens in einer Richtung, in der am meisten eine Abhilfe von Nöten war. Es mußte, sollte überhaupt die Einziehung der Forderung nicht illusorisch werden, eine weitere Ausübung derselben durch den Auftraggeber[3]) verhindert werden, und dies erreichte man dadurch, daß man dem Prokurator gestattete, den Schuldner von der erfolgten Bestellung zu benachrichtigen, mit der Wirkung, daß nunmehr der Schuldner mit befreiendem Erfolge nur noch an ihn, den Mandatar, erfüllen konnte[4]).

Beide Wege waren jedoch ungeeignet zur Übertragung einer Forderung zu Pfandrechtszwecken: die Novation deswegen, weil — abgesehen von der stets erforderlichen Zuziehung des Schuldners

---

[1]) l 16 D III, 3.

[2]) Gaius III, 180.

[3]) Die Obligation selbst blieb ja in jedem Falle beim Auftraggeber: der Prokurator erhielt nur die actio.

[4]) c 3 C VIII, 42; l 23 § 1 D XVIII, 4.

— die alte Obligation zerstört wurde, sodaß es bei jeder Aufhebung des Pfandvertrages, z. B. durch rechtzeitige Tilgung der Pfandschuld, einer Neubegründung für den Verpfänder bedurft hätte, zur Stipulation aber die rechtlich nicht erzwingbare Mitwirkung des Pfandgläubigers erforderlich gewesen wäre. Auch konnte dieser Weg für den Verpfänder dann mit großen Nachteilen verbunden sein, wenn seine Forderung mit Nebenrechten ausgestattet war.

Die Prokuratur wäre schon ein geeigneterer Weg gewesen: konnte doch der Pfandgläubiger nach Eintritt der Realisierungsbefugnis die Forderung zu eigenem Vorteile einklagen und sich aus dem Eingezogenen in entsprechender Weise bezahlt machen, während bis zum Augenblicke der Litiskontestation der Verpfänder Gläubiger blieb. War zudem der Pfandgläubiger, wenn er denuncierte, auch gegen jede vertragswidrige Einklagung seitens des Verpfänders in wirksamer Weise geschützt, so beruhte doch nach wie vor seine Rechtsstellung auf dem mandatum und sie erlosch mit den diesem eigentümlichen Endigungsgründen, insbesondere mit Widerruf oder Tod des Auftraggebers, des Verpfänders[1]).

War demnach die Stellung des procurator in rem suam noch in gewisser Hinsicht von der Person des Mandanten abhängig, so konnte auf diesem Wege auch eine Forderung nicht gut zu Pfandrechtszwecken übertragen werden; denn hierbei kam es ja gerade auf eine von der Person des Verpfänders völlig unabhängige Sicherstellung an!

Die Quellen deuten denn auch in den das Forderungspfandrecht behandelnden Stellen nirgends an, daß das Recht des Pfandgläubigers auf ein mandatum agendi zurückzuführen sei; die ihm gegebene Klage wird nirgends als actio mandata, sondern stets als utilis bezeichnet.

Zwar ist es nicht unbestritten, daß die dem Cessionar im entwickelten römischen Recht gegebene actio utilis eine

[1]) l 9 J III, 26; l 12 § 16 D XVII, 1. Die Quellen enthalten keinerlei Zeugnis darüber, daß das mandatum in rem suam von diesen Endigungsgründen unabhängig gemacht worden wäre. Die einzige Stelle, die hierfür angezogen wird, beweist, wie Salpius, 398 f. dargelegt, in Wahrheit nichts von alledem.

von der actio mandata des Prokurators verschiedene Klage gewesen ist[1]).

In materieller Hinsicht stehen sich allerdings die Klagen einander insoweit gleich, als hier wie dort der Erwerber einen übertragenen Anspruch zu eigenem Vorteile geltend machen darf.

Indessen steht weder die actio utilis mit der actio mandata historisch in Zusammenhang, noch stimmen sie in formeller Hinsicht mit einander überein, noch endlich beruhen sie auf demselben Rechtsgrunde[2]).

Zunächst den Klagegrund betreffend, war die actio mandata nichts anderes, als die dem procurator übertragene Klage des Mandanten; folglich auch ihr Klagegrund identisch mit jenem der Hauptklage. Das mandatum diente nur als Mittel für die Aktivlegitimation des Prozeßführers. Die actio utilis hingegen gründete sich auf das zwischen Veräußerer und Erwerber abgeschlossene Rechtsgeschäft; dieses war die causa für das Recht des Cessionars.

Daß aber die Klagen auch sonst nicht in innerem Zusammenhange stehen, beweisen am deutlichsten die Stellen, in denen beide zu einander in Gegensatz gebracht werden[3]).

In allen diesen Fällen werden dem Gläubiger beide Klagen zugesprochen, aber nicht kumulativ, sondern alternativ — vel-vel quamvis-autem —. Die actio utilis wird gegeben auf Grund des im einzelnen Falle geschlossenen Rechtsgeschäfts, Forderungskauf, Hingabe an Zahlungsstatt u. s. w., gleichgültig, ob ein mandatum agendi erteilt worden ist oder nicht. Die actio mandata wird gegeben, wenn dem Erwerber ein besonderes mandatum erteilt worden ist. Also: der procurator in rem suam hat als solcher niemals eine actio utilis, sondern nur kraft eines neben

[1]) Vgl. Leonhard, 491 Anm. 5.

[2]) Vgl. Windscheid, Actio, 125 f.; Salpius, 394 ff.; Bähr in Jherings J, 1, 351 fg.; Hellwig, 34 ff. Auch R. Leonhard, Inst. a. a. O. bestreitet den im Text behaupteten Unterschied zwischen der actio mandata und der ohne Prozeßvollmacht gewährten actio utilis nicht, ist aber der Ansicht, daß im Formularprozesse bei beiden actiones die sog. subjektive Umstellung der Formel stattfand, zumal der procurator dominus litis wurde. Darnach ist es ihm zweifelhaft, ob man den procurator in rem suam wirklich anders behandelt habe, als den Kläger der actio utilis sine mandato.

[3]) c 5 C IV, 15; c 18 C VI, 37; c 5 und besonders c 8 C IV, 39.

der geschehenen Vollmachtserteilung vorhandenen materiellen Rechtsgrundes; der Cessionar als solcher hat niemals eine actio mandata, sondern nur vermöge eines formell erteilten mandatum ad agendum.

Und weiter: Gaius sagt: quod mihi ab aliquo debetur id, si velim tibi deberi, ... sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri [1]). Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno; alieno, veluti cognitorio, procuratorio . . .[2]). Qui autem alieno nomine agit intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit[3]).

Erfahren wir nun aber, daß der Cessionar mit der actio utilis suo nomine klagt[4]), und spinnen wir den Bericht des Gaius im Zusammenhange damit weiter aus, so ergibt sich, daß der Cessionar der suo nomine klagt, nicht nur die condemnatio, sondern bereits die intentio „ex sua persona sumit“[5]).

Fordert also der procurator einerseits das, was dem Gläubiger geschuldet wurde, macht er die mandierte Klage ex persona sui debitoris geltend, eo iure quo is cuius persona fungitur[6]), so fordert der Cessionar andrerseits nicht das, was dem Cedenten, sondern das, was ihm selbst, und nicht weil es dem Cedenten, sondern weil es ihm, dem Cessionar selbst, geschuldet wird.

Der Cessionar erhält also ein zwar in seiner Begründung von dem Recht des Cedenten materiell abhängiges, aber doch vom Augenblick seiner Begründung an durchaus eigenes und selbstständiges Recht auf die vom Cessus geschuldete Leistung.

Die Cession hat sich also in selbständiger Weise neben dem mandatum in rem suam entwickelt, und es ist nur sehr erklärlich, daß in konkreten Fällen, wie die angeführten Codex-Stellen erkennen lassen, die actio utilis mit der actio mandata konkurrierte.

---

[1]) Inst. II, 38, 39. [2]) IV, 82. [3]) IV, 86.

[4]) c 5 C IV, 15; c 18 C VI, 37; l 55 D III, 3.

[5]) So auch Hertz, 19. R. Leonhard erachtet dies eben für zweifelhaft mit Rücksicht auf die bekannte Gestalt der actio Rutiliana.

[6]) c 5 C IV, 15; c 5 C IV, 39.

Wenn nun aber z. B. der Käufer einer Forderung[1]) allein schon auf Grund des Kaufgeschäfts einen mittels actio utilis durchführbaren Anspruch erwarb, was nutzte ihm noch das mandatum agendi, wenn ihm durch das Mittel der Litiskontestation nur zugewandt wurde, was er längst schon hatte? Die actio mandata hatte also neben der actio utilis ihre innere Bedeutung verloren, sie war durch diese ersetzt und überflüssig geworden.

Geben mithin die Quellen dem Forderungspfandgläubiger eine gleiche actio utilis gegen den Drittschuldner, wie dem Cessionar gegen den Cessus, so erhält auch jener durch die Verpfändung ein eigenes, selbständiges Recht auf die vom Drittschuldner zu bewirkende Leistung nach den für die Cession von Forderungen maßgebenden Grundsätzen. Es handelt sich also bei der Forderungsverpfändung um nichts anderes, als um eine im Einzelnen freilich eigentümlich gestaltete Cession der Forderung zu Pfandrechtszwecken.

So sind denn nach dem Zeugnis der Quellen die charakteristischen Merkmale der Cession im entwickelten römischen Recht auch beim Forderungspfandrecht vorhanden: Das mit dem Abschluß des Pfandvertrages entstehende Einziehungsrecht gegenüber dem Drittschuldner[2]), die Möglichkeit einer Leistung des Drittschuldners an den Verpfänder mit befreiender Wirkung, so lange ihm nicht denunciert worden ist[3]), der ausschließliche Leistungszwang an den Pfandgläubiger nach stattgehabter Denuntiation.

Legte aber bereits das entwickelte römische Recht der „in der Person des Gläubigers fortdauernden obligatio“ besondere materielle Bedeutung nicht bei[4]), so ist fürs gemeine Recht, das den Gegensatz von ius und actio in diesem Sinne nicht mehr kennt, das Ergebnis dies, daß mittels der Cession das Forderungsrecht selbst auf den neuen Gläubiger übertragen wird.

Soll indessen bei der Forderungsverpfändung die Forderung nicht mit den vollen Wirkungen der Cession, sondern eben nur zur Sicherung für eine dem Gläubiger zustehende Forderung, also zu Pfandrechtszwecken übertragen werden, so muß diese

---

[1]) c 8 C IV, 39. [2]) l 18 D XIII, 7; l 20 D XX, 1.
[3]) c 4 C VIII, 17. [4]) Windscheid, Pand. I § 329.

Art der Cession von der gewöhnlichen Cession in gewisser Weise abweichend gestaltet sein. Einmal nämlich darf die zu verpfändende Forderung nicht vollständig aus dem Vermögen des Verpfänders ausgeschieden werden; dieser muß vielmehr Gläubiger bleiben, damit er im Falle der Tilgung der Pfandschuld ohne die Notwendigkeit besonderen Rückerwerbs seine vollen Gläubigerrechte wiedererhält. Sodann darf der Pfandgläubiger erst dann zur Ausübung des verpfändeten Forderungsrechtes schreiten, wenn er nicht rechtzeitig Befriedigung erhalten hat[1]).

Diese durch den Quelleninhalt bedingten Abweichungen mit den Grundsätzen der Cession in völligen Einklang zu bringen, ist Gegenstand einer Reihe von Konstruktionsversuchen gewesen.

§ 9.

aa) Theorie der bedingten Cession.

Mühlenbruch sucht das angedeutete Ziel auf dem Wege zu erreichen, daß er die zu Pfandrechtszwecken erfolgende Cession für eine durch nicht rechtzeitige Befriedigung des Pfandgläubigers suspensiv bedingte nimmt[2]).

Seine Auffassung von der Sache ist folgende: Es finde eine durch Unterbleiben rechtzeitiger Zahlung seitens des Verpfänders suspensiv bedingte Cession statt, sodaß die rechtlichen Wirkungen des Pfandvertrages eintreten erst, wenn die Pfandforderung zum Fälligkeitstermine nicht getilgt worden ist. Denn da das Pfandrecht am nomen „immer nur zur Sicherung einer Forderung dienen soll", „so erhält der Pfandgläubiger kein vollständiges und unbedingtes Recht auf das Objekt des verpfändeten nomen, sondern darf sich nur soweit an dasselbe halten, als zu seiner Sicherheit notwendig ist". Diese Auffassung leidet an verschiedenen Mängeln.

Wäre wirklich die Verpfändung der Forderung eine suspensiv bedingte Cession derselben, so hätte der Pfandgläubiger vor dem Eintritt der Bedingung „noch gar nicht irgend welches Recht"[3]), er hätte bis dahin nicht die mindeste Sicherheit, während es

[1]) c 4 C VIII, 17.

[2]) 519—530; Huschke, 17, 33 f.: actionis cessioni . . . conditio inest quae est si debitor qui nomen pignori dedit moram fecerit; Gaupp, 52 fg.

[3]) Sohm, 44.

doch grade der Zweck eines jeden Pfandrechtes und auch der des Forderungspfandrechtes ist, dem Gläubiger als Sicherung zu dienen für eine ihm zustehende Forderung. Nun erwirbt aber, wie wir sahen, der Pfandgläubiger schon unmittelbar durch den Pfandvertrag ein vollgültiges Pfandrecht; Ausfluß desselben ist ja das Recht sofortiger Denuntiation an den Drittschuldner, ein mit der Wirkung ausgestattetes Recht, daß letzterer nunmehr mit befreiendem Erfolge allein an den Pfandgläubiger leisten darf. Woher käme dem Pfandgläubiger dieses Recht, wenn die Cession eine bedingte wäre, rechtliche Wirksamkeit also im Gefolge hätte erst im Falle einer Nichttilgung der Pfandschuld?

Ebensowenig kann nach den Bestimmungen des BGB. von der Forderungsverpfändung als einer bedingten Übertragung die Rede sein, denn auch nach diesen erhält der Pfandgläubiger bereits vor dem Fälligwerden der versicherten Forderung erhebliche Einwirkungsbefugnisse auf die verpfändete Forderung[1]), Befugnisse, die er gar nicht haben könnte, wenn nicht schon durch das Verpfändungsgeschäft seine Rechtsstellung als Pfandgläubiger vollwirksam begründet wäre. In allen Konsequenzen durchgeführt, bedeutet aber die Annahme einer durch Unterbleiben der Schuldtilgung bedingten Cession gerade, daß der Pfandgläubiger noch keinerlei Rechte in Ansehung der Ausübung der verpfändeten Forderung haben soll.

Hat sich andrerseits die Bedingung erfüllt, sodaß der Pfandgläubiger zur Realisierung seines Rechtes schreiten kann, so treten nunmehr auch die Wirkungen einer vollen Cession für ihn ein. Er wird Cessionar mit allen Rechten, die vordem dem Verpfänder als Gläubiger zustanden. Er müßte sonach an dem vom Drittschuldner eingezogenen Leistungsgegenstande genau dieselben Rechte erwerben, wie der Verpfänder, wenn dieser selbst die Forderung für sich ausgeübt hätte[2]). Er müßte also nicht nur an den beigetriebenen Geldstücken, sondern auch an den individuellen Einzelsachen Eigentum erwerben, eine Annahme, deren Haltlosigkeit für das gemeine Recht oben dargelegt worden ist,

[1]) §§ 1281, 1283 Abs. 1 und 2, 1286 S. 1 BGB.

[2]) Mühlenbruch, 525, läßt ihn aber ein Retentionsrecht, Huschke 41 f., ein Pfandrecht erwerben.

und die mit den positiven Bestimmungen des BGB., nach denen der Pfandgläubiger nur Pfandrecht an den geleisteten Gegenständen erwirbt[1]), in unlösbarem Widerspruche steht.

Sodann wäre auch mit der bekämpften Auffassung die Möglichkeit einer mehrmaligen Verpfändung derselben Forderung an mehrere Pfandgläubiger[2]) nicht zu vereinigen. Denn jede folgende Verpfändung könnte nur unter der in jedem Falle besonders zuzufügenden Bedingung erfolgen, daß die der früheren Verpfändung hinzugesetzte Bedingung der Nichtbefriedigung nicht erfüllt werde. Wenn nämlich beim vorgehenden Forderungspfandrecht die Bedingung der Nichtbefriedigung des Pfandgläubigers eintritt, so findet die volle Cession der Forderung an ihn statt. Die nachstehenden Pfandrechte fielen somit aus, aber nur deswegen, weil sie mangels Nichteintritts der zugefügten Bedingung in Wahrheit nicht erst existent geworden sind. Die hyperocha bez. der nicht eingezogene Teil der geschuldeten Geldsumme fiele alsdann dem Verpfänder zu; er tritt nicht an Stelle des Pfandes, da ein Pfandrecht der nachfolgenden Gläubiger nicht begründet war.

Die Theorie einer bedingten Cession, auf das Forderungspfandrecht angewandt, bedarf also entweder der verschiedentlichsten Modifikationen[3]) oder sie gerät, in konsequenter Weise durchgeführt, mit den positiven Quellenzeugnissen und den Vorschriften des BGB. in nicht zu lösenden Widerspruch.

§ 10.

bb) Theorie der cooptierenden Cession.

Der Ausgangspunkt der nunmehr zu erörternden Theorien ist das Bestreben, die Schwierigkeiten zu beseitigen, die darin liegen, dem Pfandgläubiger unter Zugrundelegung des Cessionsbegriffs eben nur soviel Befugnisse einzuräumen, als solche mit Rücksicht auf positivrechtliche Normen zu seiner pfandrechtlichen Sicherung erforderlich sind.

Muß doch nach den Quellen und dem BGB. der Verpfänder bis zum Eintritt der Realisierungsbefugnis des Pfandgläubigers

---

[1]) § 1287 BGB.

[2]) Huschke, 60 f., nimmt eine solche trotzdem an; § 1290 BGB.

[3]) Dies gibt Mühlenbruch, 519 ff., unumwunden zu.

seine Gläubigerstellung behalten, in der Ausübung seines Rechts allerdings infolge der Verpfändung dem Pfandgläubiger gegenüber gebunden, und darf andrerseits erst von jenem Augenblicke an der Pfandgläubiger zur Ausübung der verpfändeten Forderung im Klagewege übergehn[1])!

Auf diese Sätze baut nun Hellwig die Theorie von der cooptierenden Cession[2]). Er geht davon aus, daß durch die Forderungsverpfändung der Pfandgläubiger ein Recht gleicher Art und gleichen Inhalts erhalte, wie es der Verpfänder bisher gehabt habe und auch weiterhin behalte. Der Drittschuldner bekomme statt des einen ursprünglichen Gläubigers deren zwei oder mehrere, die solidarisch berechtigt seien. Während also bei der gewöhnlichen Cession der Cessionar ein gleiches Recht erwerbe, wie dasjenige seines Rechtsurhebers, der Rechtserwerb aber das Autorrecht vernichte, trete bei der pfandrechtlichen Cession ausschließlich die erste Wirkung ein: der Drittschuldner erhalte nicht an Stelle, sondern neben dem ursprünglichen Gläubiger einen zweiten oder auch mehrere.

Der hier stattfindende Rechtsübergang bewirke nicht ein Erlöschen des ursprünglichen Gläubigerrechts, sondern wirke cooptierend. Sei die Cooption erfolgt, so habe der Pfandgläubiger eine selbständige, vom Autor nicht mehr zu beeinflussende Rechtsstellung.

Diese Solidargläubigerschaft sei aber dem Pfandrechtszwecke gemäß in besonderer Weise gestaltet. Einerseits erwerbe der neu in sie eintretende Pfandgläubiger sein Recht sofort, behalte es aber nur solange, bis er wegen der versicherten Forderung befriedigt sei; andrerseits verlange die pfandrechtliche Sicherung, daß dem Verpfänder die freie Dispositionsbefugnis entzogen werde. Aber auch der Pfandgläubiger erlange, trotz Erwerbes der Mitgläubigerschaft, nicht eine unumschränkte Herrschaft über die Forderung, sondern lediglich die Einziehungsbefugnis.

Diese Auffassung von der Sache wäre in der Tat gar nicht so ungeeignet, eine theoretische Erklärung für den bei der Forderungsverpfändung sich vollziehenden Rechtsübergang abzu-

[1]) §§ 1281, 1283 Abs. 1 u. 2, 1286 S. 2, 1282 Abs. 1 mit 1228 Abs. 2 BGB.
[2]) 53 ff.

geben; steht sie wenigstens in den Grundzügen mit der gemeinrechtlichen Regelung und derjenigen des BGB. nicht in offenbarem Widerspruch.

Aber auch sie leidet, näher besehen, an einem nicht zu beseitigenden inneren Mangel, der darin zu finden ist, daß es sich bei dieser „cooptierenden" Cession in Wahrheit um eine „Cession" überhaupt nicht handelt.

Haben wir es beim Forderungspfandrecht zwar mit einem eigenartig gestalteten obligatorischen Rechtsverhältnisse zu tun, zu dessen theoretischer Auflösung der reine Cessionsbegriff als solcher nicht genügt, so dürfen doch, wenn wir einmal den Cessionsbegriff zu Grunde legen, die sich ergebenden Abweichungen nicht derartige sein, daß sie der Rechtsnatur der Forderungscession zuwiderlaufen.

Entspricht es aber dem Wesensinhalt des als Cession oben näher entwickelten Rechtsgeschäfts, daß mit der Übertragung der Forderung auf den Cessionar dieser an Stelle des Cedenten in dessen konkrete Rechtsstellung einrückt, letzterer aber aus derselben völlig ausscheidet, so ist der Cessionsbegriff schlechterdings nicht auf einen Rechtsvorgang anwendbar, bei dem der Erwerber nicht als Rechtsnachfolger an die Stelle, sondern neben den „Cedenten" tritt, neben diesem ein solidarisch berechtigter Mitgläubiger wird.

In Wahrheit ist daher die cooptierende Cession so wenig eine Cession, daß sie nicht einmal als wirkliche Rechtsnachfolge zu erachten ist; es handelt sich bei ihr nicht um eine „Succession", als vielmehr um eine „Accession" [1]).

War schon für das gemeine Recht der Gesichtspunkt einer aktiven Solidarobligation auf das Forderungspfandrecht schlechterdings nicht anwendbar [2]), so trifft auch auf das vom BGB. als eine Art von Gläubigergemeinschaft gedachte und geregelte Rechtsverhältnis keine der dem BGB. eigentümlichen Formen einer Mitberechtigung zu. Es versagt einmal die Annahme einer Gesamtgläubigerschaft [3]), da bei dieser jeder Gläubiger die ganze Leistung fordern, der Schuldner nach seinem Belieben an jeden

[1]) Vgl. Kleiner, 62. [2]) Vgl. l 14 pr D IX, 4. [3]) §§ 428—430.

von ihnen erfüllen darf, während beim Forderungspfandrecht der Drittschuldner bis zum Fälligwerden der Pfandschuld nur an den Pfandgläubiger und Verpfänder gemeinschaftlich leisten, jeder von beiden nur Erfüllung an sie gemeinschaftlich fordern kann[1]). Der Annahme einer gemeinschaftlichen Berechtigung nach ideellen Bruchteilen im Sinne des § 432 BGB. dergestalt, daß der Schuldner nur an beide gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur Leistung an sie beide verlangen kann, widerspricht der Umstand, daß Pfandgläubiger und Verpfänder nicht Miteigentum an dem geleisteten Gegenstande erwerben, die Art des sich vollziehenden Rechtserwerbes für sie vielmehr durchaus verschieden ist[2]). Völlig ausgeschlossen ist endlich eine anteilsweise Berechtigung im Sinne des § 420 BGB., da Teilbarkeit der Leistung Voraussetzung derselben ist.

Sodann handelt es sich bei der Mitberechtigung des § 1281 BGB. auch deswegen nicht um eine wahre Gläubigergemeinschaft, weil die verpfändete Forderung nicht zum Zwecke der Befriedigung ausgeübt, sondern lediglich zwecks Sicherstellung des Leistungsgegenstandes zu Gunsten beider Beteiligten von diesen auf gemeinsame Weise eingezogen wird.

Lediglich von diesem Gesichtspunkte ist auch der Gesetzgeber ausgegangen, indem er in Erwägung zog, daß, wenn vor der Fälligkeit der Pfandschuld „weder dem Pfandgläubiger noch dem Pfandschuldner die selbständige und unabhängige Ausübung des Gläubigerrechts zustehen dürfe, eine Vergemeinsamung der Ausübung der belasteten Forderung eintreten müsse“[3]). Komme für diese Art der Mitberechtigung auch nicht die „Kommunion“ in Betracht, so sei es doch ein „der Kommunion ähnliches Verhältnis.“

So ist denn auch für die Theorie der cooptierenden Cession unser Resultat ein negatives: auch sie vermögen wir nicht als eine allen Verhältnissen beim Forderungspfandrecht Rechnung tragende Konstruktion anzuerkennen, vorzüglich aus den für das gemeine Recht dargelegten Gründen.

---

[1]) § 1281. [2]) §§ 1281, 1287. [3]) Prot. 1 Les. 5752

§ 11.

cc) Theorie der eventuellen Verpfändung der res debita.

Die harmonische Verschmelzung der beiden „innerlich verschiedenen und doch auf einander angewiesenen, sich gegenseitig tragenden Elemente“ des Forderungspfandrechts aufzulösen, hat Exner[1]) unternommen, in der Erkenntnis, daß erst auf Grund einer Auslösung der zu einem einheitlichen Gebilde fest zusammengefügten Elemente aus ihrer Verbindung und einer Klarstellung ihres Verhältnisses zu einander die richtige Auffassung vom Wesen und Rechtsbegriff des Ganzen gewonnen werden kann.

Dies ist auch u. E. der richtige Weg, der allein zur Erkenntnis der juristischen Natur des so komplicierten Verpfändungsgeschäftes führen kann. Aber die beiden, aus dem Ganzen auszusondernden Elemente dürfen, zusammengehalten, zum mindesten nur wieder das „Ganze“ ergeben, nicht ein plus, nicht ein Mehr, das in jedem Falle von dem Ganzen wiederum muß verschieden sein. Dies ist aber gerade bei dem Exner'schen Erklärungsversuche der Fall.

Exner geht von der Einheitlichkeit des Pfandrechtsbegriffes aus[2]). Nach ihm ergreift alles Pfandrecht „mit unmittelbar dinglicher — wenngleich verschieden gespannter und möglicherweise zu Zeiten latenter — Kraft körperliche Sachen, insofern diese Träger eines Tauschwertes sind, und mit ausschließlicher Richtung auf diesen.“

Daher ist auch nach ihm das eine Element des Forderungspfandrechtes dinglicher Natur: es ist das in Schwebe befindliche Pfandrecht des Gläubigers „hinsichtlich der vom Schuldner kraft seiner Forderung zu erwerbenden Sache“, „das eventuelle Pfandrecht am sachlichen Inhalt der Forderung“[3]). Das andere Element ist ein „obligationenrechtliches Verhältnis zwischen den in Frage stehenden drei Personen, analog demjenigen, wie es durch jede gewöhnliche Cession zwischen dem Cessionar einerseits und dem Cedenten und Cessus andererseits begründet wird.“ Der Verpfänder scheidet nach Exner zu Gunsten des Pfandnehmers aus, ebenso die Forderung, soweit es der Pfandzweck erheischt, aus dem Vermögen des Gläubigers. Dieser überträgt dem Pfandgläubiger die

[1]) 134 ff. [2]) 188 ff. [3]) 134 ff.

Forderung mittels der durch den Pfandzweck eigentümlich beschränkten Cession „um jenes Pfandrechts willen und in dem Maße, als es behufs Realisierung des letzteren erforderlich ist“ [1]).

Das Hauptgewicht legt Exner also auf das „pignus rei debitae“, welches den „dinglichen Kern“ des Forderungspfandrechtes ausmachen soll. Dieses eventuelle Pfandrecht „perficiere sich von selbst, sobald sein Gegenstand unmittelbar oder mittelbar in das Vermögen des Verpfänders eingetreten sei“ [2]). Die Cession der Forderung sei nur die „Stütze und Ergänzung“ jenes ersten Elements, sie diene nur als Mittel zum Zwecke, sie solle dem Pfandgläubiger zur Verwirklichung des eventuellen Pfandrechts behilflich sein [3]).

Ein Element ist also das pignus rei debitae, das eventuelle Pfandrecht am sachlichen Inhalt der Forderung, jenes Pfandrecht am Leistungsgegenstande, das wir früher bereits als ein suspensiv bedingtes Pfandrecht erkannten, abhängig in seiner Wirksamkeit davon, daß der Leistungsgegenstand in das Vermögen des Verpfänders übergeht. Das andere Element, das ausschließlich „um jenes Pfandrechts willen“ vorhanden ist, besteht in einer eigentümlich beschränkten Cession der Forderung. Diese pfandrechtliche Cession des nomen aber ist in Wahrheit gar nichts anderes, als eben die Verpfändung des nomen selbst, deren theoretische Auflösung ja gerade versucht werden soll. Denn Exner charakterisiert dieses obligationenrechtliche Element selbst dahin, daß, wenn jemand seine Forderung verpfändet, er „seinen Compaciscenten nicht nur eventuell zum Pfandberechtigten machen will rücksichlich der eingehenden Gegenstände“ — das wäre das pignus rei debitae, das dingliche Element —, „er will ihn auch sofort zum Gläubiger machen rücksichtlich der ausstehenden Forderung“; „aber er will das Letztere nur, weil und insofern er das Erstere will, und dieses durch jenes gesichert und gefördert werden soll“ [4]).

Einmal also wird nach Exner eventuell, d. h. nichts anderes als suspensiv bedingt verpfändet der Inhalt dessen, was auf Grund

---

[1]) 135. [2]) 151. [3]) Vgl. auch Hellwig, 16. [4]) 151.

der Forderung geleistet werden soll. Dies ist ein selbständiges und, wie wir sahen, von der Forderungsverpfändung durchaus verschiedenes Rechtsgeschäft. Außerdem aber soll eine eigentümlich beschränkte Cession „dem schwebenden Pfandrecht unterstützend zur Seite treten", eine Cession, die „ihrem materiellen Gehalt nach" durch den Zweck pfandrechtlicher Sicherung beherrscht und begrenzt wird. Dies ist wiederum ein selbständiges, von der eventuellen Verpfändung des Leistungsgegenstandes verschiedenes Rechtsgeschäft, durch welches der Pfandgläubiger sofort Inhaber der Forderung wird, wenn auch nur „pignoris causa", d. h. nur soweit und solange er es sein muß, um die Perfection seines Pfandrechts sich zu sichern." Das Geschäft, durch welches dieses letztere Ziel erreicht wird, ist aber die Verpfändung der Forderung selbst. Fügen wir diese beiden Elemente zusammen, so erhalten wir als Ganzes ein plus gegenüber jenem ursprünglichen Ganzen, aus dem die Elemente gelöst worden sind. Denn die eventuelle Verpfändung des Leistungsgegenstandes zu der Verpfändung der Forderung gefügt, ergibt ein plus gegenüber dem letztgedachten Rechtsgeschäft, dessen rechtliche Struktur ja allein gefunden werden soll.

Daß die l. 20 D. XX, 1 für den Exner'schen Erklärungsversuch eine quellenmäßige Stütze nicht abzugeben vermag, hat schon Hellwig richtig nachgewiesen[1]).

Aus den dargelegten Gründen kann aber auch von einer Ableitung der Exner'schen Theorie aus den Bestimmungen des BGB. unmöglich die Rede sein.

§ 12.

dd) Theorie der materiell beschränkten Cession und Entwickelung der eigenen Ansicht.

Haben wir im Laufe der Untersuchung erkannt, daß das Forderungspfandrecht in jedem Falle ein persönliches Recht ist, entstanden aus dem Forderungsrechte des Verpfänders zufolge seiner materiellen Abhängigkeit von diesem im Wege einer zu Pfandrechtszwecken erfolgenden Cession, so gilt es jetzt, auf dem angedeuteten, bereits von Exner eingeschlagenen Wege dieses eigen-

[1]) S. 22 f.; vgl. auch Kleiner, 70 f. und Hertz, 17, welcher eine etwas abweichende Auffassung vertritt.

artige Rechtsverhältnis aufzulösen und im Einzelnen des Näheren zu präcisieren.

Ist das Forderungspfandrecht ein durch Cession zu Pfandzwecken entstandenes persönliches Recht, so kann auch das die Konstruktion tragende Element nur ein obligationenrechtliches sein; es kann unmöglich, was Exner tut, ein dingliches Element zu Grunde gelegt werden. Einen Konstruktionsversuch in der vorbezeichneten Richtung hat bereits Dernburg unternommen [1]).

Nach ihm ist die Verpfändung „nur in der Art möglich, daß man dem Pfandnehmer die Geltendmachung und Ausübung der Forderung übertrug, dem Verpfänder aber die freie Disposition entzog, alles dies jedoch nur in dem Maße, als es den Zwecken pfandrechtlicher Sicherung und Befriedigung entspricht. Die Forderungsverpfändung läßt sich daher ihrer juristischen Form nach beschreiben als eine eigene Species der Cession, bei welcher die Befugnisse des Cessionars den Zwecken des Pfandrechts gemäß beschränkt sind, sodaß sie mit der Tilgung der versicherten Forderung erlöschen."

Gleichzeitig aber liege in der Forderungsverpfändung „eine den Erwerb des geschuldeten Objekts anticipierende Verpfändung. Darum erwerbe der Pfandgläubiger, wenn er in den Besitz des Gegenstandes des verpfändeten nomen gelange, an diesem Objekte Pfandrecht, der Verpfänder Eigentum."

Dies sind die Grundgedanken Dernburgs, die jedoch im Einzelnen von ihm in keiner Weise weiter ausgebaut und durchgeführt worden sind, die vielmehr vor allem eine ausreichende Erklärung dafür vermissen lassen, worin gerade die Beschränktheit der hier in Frage kommenden Cession zu suchen ist.

Dennoch liegt in Dernburgs Auffassung ein richtiger Kern, der allerdings einerseits dem positivrechtlichen Normeninhalt nicht vollständig Genüge tut, andrerseits über den Zielpunkt in gewissen Beziehungen hinausgeht.

Vergleichen wir den Dernburg'schen Konstruktionsversuch mit demjenigen Exners, so zeigt sich sofort ein erheblicher Unterschied: bei Exner ist das die Konstruktion tragende Element das

[1]) Pfandrecht I, 462 ff.; Pand. § 293.

eventuelle Pfandrecht an dem Schuldgegenstande; die Forderungscession ist ihm lediglich das Mittel zur Realisierung jenes Pfandrechts; dieses Element tritt nur neben das erstere, als dessen „Stütze und Ergänzung." Bei Dernburg hingegen ist das seine Konstruktion tragende Element die „den Zwecken des Pfandrechts gemäß beschränkte Cession"; die Art dieser Beschränkung wird dann näher charakterisiert durch die von den Parteien bei Abschluß des Verpfändungsvertrages implicite mitgewollte, „anticipierende Verpfändung des Forderungsobjekts."

Bei Dernburg ist also einmal das im Wege einer beschränkten Cession entstandene persönliche Recht die Hauptsache; sodann aber tritt auch die anticipierende Verpfändung des Leistungsobjekts nicht als ein zweites, selbständiges Element in unvermittelter Weise neben jenes erste Element, sondern sie ist in jener beschränkten Cession bereits mitgedacht und mitenthalten, sie bedeutet grade die Beschränkung, auf welche bei der Forderungsverpfändung der Wille der Parteien von vornherein implicite gerichtet ist.

Die Dernburg'sche Auffassung zeigt also eine einheitliche und völlige Verschmelzung der beiden das Ganze tragenden Elemente, nicht eine willkürliche Zerreißung des in einem einheitlichen Akte sich vollziehenden Verpfändungsgeschäfts, zu der Exner gelangt, und die weder in den gemeinrechtlichen Quellen noch auch in den Normen des BGB. den geringsten Anhaltspunkt findet.

In der Dernburg'schen Auffassung liegt aber, wie bereits angedeutet, auch nur ein richtiger Kern: die Erkenntnis nämlich, daß es sich beim Forderungspfandrecht um eine materiell beschränkte Cession des Rechtes handelt. Im Einzelnen bedarf die Dernburg'sche Konstruktion noch in mehrfacher Hinsicht einer Ergänzung sowohl als einer Berichtigung.

Ein Mangel der Dernburg'schen Lehre ist zunächst folgender:

Dernburg charakterisiert die Art der Beschränkung der hier stattfindenden Cession kurzer Hand dadurch, daß in derselben eine den künftigen Erwerb des Leistungsobjektes anticipierende Verpfändung implicite enthalten sei. Dies ist entschieden insoweit richtig, als der Drittschuldner zur Leistung eines körperlichen Gegenstandes verpflichtet ist; denn hier geht nicht allein der

Wille der Parteien von vornherein dahin, daß der Pfandgläubiger an dem Empfangenen ein Faustpfandrecht erhalte, dies entspricht auch den positiven Quellenzeugnissen ebenso wie den Bestimmungen des BGB.

Aber Dernburg geht weiter: er läßt den Pfandgläubiger in jedem Fall Pfandrecht an dem Gegenstande des Forderungsrechtes erwerben, gleichgültig, ob eine individuelle Einzelsache oder ob eine Summe Geldes vom Drittschuldner geleistet worden ist. Und diese Ansicht findet auch an Kleiner[1]) einen Verteidiger, der die Unvereinbarkeit der Dernburg'schen Auffassung mit den Quellenzeugnissen für einen nur scheinbaren Widerspruch hält. Dernburg hebe nämlich nur die juristischen, die Quellen aber — und dies gilt auch für das BGB. — nur die praktischen Folgen der Auszahlung der pecunia debita seitens des Drittschuldners an den Pfandgläubiger hervor. Denn theoretisch erwerbe der Pfandgläubiger auch an dem empfangenen Gelde Pfandrecht; er erhalte aber damit zugleich „die Befugnis, sich aus dieser exacta pecunia im Falle der Nichtbefriedigung aus der versicherten Forderung eigenmächtig zu befriedigen." Daß diese Ansicht eine völlig unhaltbare ist, der Pfandgläubiger an den eingezogenen Geldstücken vielmehr sogleich Eigentum erwirbt, haben wir bereits in ausführlicher Weise nachgewiesen und nehmen wir in dieser Hinsicht auf das früher Gesagte hiermit Bezug[2]). Nur das mag Dernburg speziell noch in diesem Zusammenhange entgegengehalten werden, daß der Wille der Parteien ganz bestimmt nicht auf eine anticipierte Pfandbestellung an dem eingezogenen Gelde implicite gerichtet ist. „Ein Pfandrecht am Gelde in dieser Gestalt ist der Auffassung des Volkes völlig fremd. Wenn ich Geld schulde, bezahle ich meinen Gläubiger oder gebe ihm das Recht, sich von meinem Schuldner bezahlen zu lassen"[3]). Der Pfandgläubiger soll ja durch die Realisierung des Pfandrechts an der Forderung nicht noch einmal eine Sicherheit, er soll jetzt Befriedigung erhalten, soweit dies dem geleisteten Gegenstande nach möglich ist; und dies ist, wie wir oben auseinandersetzten, gerade bei der Einziehung einer Geldsumme der Fall. Die Berufung Dernburgs auf die in der Forderungsverpfändung liegende

[1]) 76 f. [2]) oben S. 20 ff. [3]) Hellwig, 21.

anticipierende Verpfändung des Leistungsgegenstandes zur Erklärung der Beschränktheit der pfandrechtlichen Cession reicht also für diejenigen Fälle nicht aus, in denen eine Geldforderung Gegenstand des Verpfändungsgeschäftes gewesen ist.

Und dieser Fall ist im Leben wahrscheinlich der häufigste!

Erkannten wir aber, daß durch das Verpfändungsgeschäft dem Pfandgläubiger lediglich die Ausübung des Forderungsrechtes des Verpfänders zu eigenem Vorteil übertragen werde, nämlich zum Zwecke der Befriedigung wegen und in Höhe der versicherten Forderung, so läßt sich die Art der hier vorliegenden Beschränktheit der Cession materiellrechtlich nur in folgender Weise charakterisieren[1]). Das Recht zur Ausübung der Forderung des Verpfänders ist einmal in jeder Richtung beherrscht und begrenzt durch den Befriedigungszweck. Der Pfandgläubiger darf deshalb die Forderung einziehen nur bis zum Betrage der Pfandforderung[2]); andrerseits erwirbt er sofort Eigentum an dem eingehobenen Gelde und bringt dieses auf den Betrag der Pfandschuld zur Anrechnung. Die auf Leistung individueller Sachen gerichtete Forderung zieht er zwar in vollem Umfange ein, erwirbt aber an dem Leistungsgegenstande nur Faustpfandrecht, vermöge dessen er sich im Wege des Pfandverkaufs ebenfalls nur in Höhe der Pfandforderung für letztere bezahlt machen darf, während der Überschuß des Erlöses, die hyperocha, an Pfandes Stelle tritt, bezw. dem Verpfänder gebührt[3]). Zu der in diesen

[1]) Für den Cessionsgedanken spricht neben § 1274 Abs. 2, der die Übertragbarkeit der Rechte als die Voraussetzung ihrer Verpfändbarkeit statuiert, insbesondere § 1275, nach dem auf das Rechtsverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Verpflichtetem gradezu die entsprechenden Vorschriften Anwendung finden sollen, die für den Fall der Übertragung des Rechts gegeben sind. Es gelten also für die Einwendungen des Drittschuldners gegenüber dem Pfandgläubiger die §§ 404 ff., bes. 406—408 BGB. Es kann der Pfandgläubiger nach den §§ 402, 403 BGB. vom Verpfänder die Aushändigung der in seinen Händen befindlichen Urkunden über die Forderung und die Ausstellung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über die Verpfändung verlangen. Letztere ist gemäß § 410 BGB. für die Legitimation des Pfandgläubigers gegenüber dem Drittschuldner stets erforderlich, wenn nicht die Anzeige von der Verpfändung an den Drittschuldner auf schriftlichem Wege erfolgt ist.

[2]) c 4 C VIII, 17; § 1282 Abs. 1 S. 2 BGB.

[3]) l 24 § 2, l 42 D XII, 7; §§ 1273 Abs. 2 mit 1247 BGB.

Schranken übertragenen Ausübung der Forderung ist der Pfandgläubiger zu schreiten erst befugt, wenn die Voraussetzungen eingetreten sind, unter denen er Befriedigung fordern darf, wenn insbesondere die Pfandforderung ganz oder zum Teil fällig geworden und in eine Geldforderung übergegangen ist[1]). Endlich verliert die nur dem Pfandrechtszwecke dienende Cession dann ihre Wirksamkeit, wenn der Pfandgläubiger in andrer Weise befriedigt und die versicherte Forderung getilgt wird[2]).

Materiell beschränkt wird die Cession also einmal durch den im Wesen eines jeden Pfandrechts liegenden Befriedigungszweck; denn darauf ist auch bei der Forderungsverpfändung der Wille der Parteien implicite gerichtet, daß der Pfandgläubiger aus dem Inhalt der Forderung des Verpfänders Befriedigung für die Pfandforderung suchen soll[3]).

Jedes Pfandrecht ist aber sodann ein zur Sicherung einer Forderung dienendes Recht; dementsprechend wird die für den Pfandgläubiger sich vollziehende Cession ferner beschränkt durch den Sicherungszweck. Die Forderung darf nämlich einerseits aus dem Vermögen des Verpfänders nicht vollständig ausscheiden und auf den Pfandgläubiger zu unbeschränktem Rechte übergehn; andrerseits ist aber erforderlich, daß dem Verpfänder in wirksamer Weise die freie Dispositionsmöglichkeit über die Forderung zu Ungunsten des Pfandgläubigers entzogen wird

Daß diesem Sicherungszwecke gemäß die Befugnisse und Verpflichtungen der Beteiligten, insbesondere im BGB., positivrechtlich geregelt worden sind, hat die bisherige Untersuchung ja zur Genüge gelehrt. Hier bedarf es nur noch folgenden Rückblickes.

Nach römischrechtlichen Grundsätzen wurde dem Pfandgläubiger lediglich die actio utiliter übertragen, während die obligatio beim Verpfänder verblieb. Nach gemeinem und bürgerlichem Recht wird dem Pfandnehmer die Forderung übertragen,

---

[1]) §§ 1273 Abs. 2 mit 1228 Abs. 2 BGB.

[2]) §§ 1273 Abs. 2 mit 1252 BGB.

[3]) Daher definiert Cosack II § 251 das Forderungspfandrecht insoweit richtig als „die Befugnis, sich durch Ausübung einer fremden Forderung für eine eigene Forderung Befriedigung zu verschaffen".

aber nur der Ausübung nach[1]) sodaß er über sie nur zu solchen Verfügungen berechtigt ist, die auf ihre Einziehung abzielen oder — wie die Kündigung — zu deren Vorbereitung erforderlich sind[2]). Andrerseits ist der Verpfänder nur in solchen Dispositionen über seine Forderung beschränkt, die — wie Einziehung, Stundung, Erlaß — das Pfandrecht des Gläubigers aufzuheben oder zu beeinträchtigen geeignet sind[3]). Sonst darf er nach Belieben durch Abtretung, weitere Verpfändung und dergl. über die einmal verpfändete Forderung in wirksamer Weise verfügen. Eine Sicherung gegen nachteilige Dispositionen des Verpfänders herbeizuführen, war der Pfandnehmer durch das Mittel der Denuntiation in den Stand gesetzt. Nach § 1280 BGB. ist die Anzeige an den Drittschuldner zur Wirksamkeit des Verpfändungsvertrages erforderlich. Überall greift hier der Sicherungszweck Platz; durch ihn wird die zu Pfandzwecken erfolgende Cession in ihren Wirkungen materiellrechtlich getragen und beschränkt.

Den Sicherungszweck kann allerdings das positive Recht in verschiedener Weise erreichen, sodaß die Rechtsstellung des Pfandgläubigers und Verpfänders dann eine jeweils verschieden beschränkte ist. Während nach der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts der Pfandgläubiger schon vor dem Eintritt seiner Realisierungsbefugnis ein selbständiges Einziehungsrecht erhielt, will bis zu jenem Zeitpunkte das BGB. weder dem Pfandgläubiger noch dem Verpfänder eine unabhängige Ausübung des Gläubigerrechts zugestehn[4]). Das Einziehungsrecht steht vielmehr beiden gemeinschaftlich zu; ein jeder kann nur verlangen, daß an sie beide gemeinschaftlich geleistet werde. Daß in diesem gemeinsamen Einziehungsrechte indessen keine der dem BGB. bekannten Arten der Mitberechtigung zu finden ist, wurde bereits in anderem

[1]) Daß die Übertragung eines Rechtes mit dieser Beschränkung möglich ist, lehrt § 1059 BGB.: „Der Nießbrauch ist nicht übertragbar. Die Ausübung des Nießbrauchs kann einem Andern überlassen werden". (Vgl. auch § 1092.) An dem so begründeten Forderungsrechte des neuen Ausübungsberechtigten kann daher ein selbständiges Pfandrecht bestellt werden: § 1274 Abs. 2 BGB., Prot. III, 517; Meisner, Komm. zum BGB., Breslau 1901, Anm. 1 zu § 1274.

[2]) c 4 C VIII, 17; l 18 D XIII, 7; §§ 1282, 1283, 1286 BGB.

[3]) § 1276 BGB.

[4]) Prot., 5752; § 1281 BGB.

Zusammenhange nachgewiesen. Der die Forderungsverpfändung beherrschende Sicherungszweck wirkt aber über die Einziehung des Schuldgegenstandes hinaus: an der Individualsache erwirbt der Pfandgläubiger wiederum nur ein zur Sicherung dienendes Recht, nämlich Faustpfandrecht, der Verpfänder Eigentum. Eingezogenes Geld wird, soweit es ohne Beeinträchtigung des Interesses des Pfandgläubigers tunlich ist, nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften verzinslich angelegt und gleichzeitig dem Pfandgläubiger ein Pfandrecht daran bestellt[1]).

Unter Berücksichtigung alles dessen ist daher zu sagen, daß die hier stattfindende Übertragung der Forderung an den Pfandgläubiger materiellrechtlich beschränkt wird durch den einem jeden Pfandrechte innewohnenden, ihm eigentümlichen Sicherungs- und Befriedigungszweck[2]).

Es erübrigt noch, einen Einwand zu beseitigen, der gegen jede auf dem Cessionsgedanken fußende Theorie erhoben wird, und demnach auch unsere Auffassung von der Forderungsverpfändung zu treffen scheint. Man behauptet nämlich[3]), daß es bei der Annahme einer Forderungscession schlechterdings unmöglich sei, dem Verpfänder die Befugnis zu einer weiteren Verpfändung zuzusprechen, da man nicht mehrfach übertragen könne, was bereits einmal in wirksamer Weise übertragen worden sei. Dieses Gegenargument trifft indessen, wie Exner richtig hervorgehoben[4]), nur die gewöhnliche, auf volle Übertragung des Gläubigerrechts gerichtete Cession und versagt überall da, wo die materiell beschränkte Übertragung der Forderung ihrer Ausübung nach dem Cedenten ein nur in gewissen Funktionen beschränktes Gläubigerrecht beläßt. Übertrage ich das Recht zur Ausübung einer Forderung zu Pfandrechtszwecken dem A, so ist nicht einzusehen, weshalb ich nicht befugt sein soll, die Ausübung meines, wenn

[1]) §§ 1287, 1288 BGB.

[2]) Vgl. Endemann, Sachenrecht § 113: „Was diese Rechtsveräußerung speziell auszeichnet und sie zur pfandrechtlichen stempelt, ist die innere Begrenztheit der Abtretung; sie geschieht nicht zu vollem Recht, sondern ist durch die Pfandzwecke gebunden".

[3]) Hellwig, 24.

[4]) 159.

auch beschränkten Gläubigerrechts weiterhin an B zu Pfandrechtszwecken zu übertragen, insofern A das Recht, meine Forderung zu seiner Befriedigung auszuüben, entweder überhaupt nicht in die Lage kommt, oder aber wegen des geringeren Betrages seiner Forderung sie nur bis zu einem Teilbetrage überhaupt geltend zu machen berechtigt ist.

Verbleibt mir, wenn vom Pfandgläubiger nur ein Teilbetrag meiner Forderung zu seiner Befriedigung verwandt worden und damit sein Pfandrecht erloschen ist, ein vielleicht noch recht wertvolles Gläubigerrecht, so ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde ich nicht von vornherein schon auch über dieses Forderungspartialrecht seiner Ausübung nach durch weitere Verpfändung der gesamten Forderung in wirksamer Weise verfügen darf. Erhält doch der nachstehende Pfandgläubiger das Recht zur Ausübung meiner Forderung nur unbeschadet des Ausübungsrechtes jedes früheren Erwerbers. Zur Einziehung der Forderung ist denn auch „nur derjenige Pfandgläubiger berechtigt, dessen Pfandrecht den übrigen Pfandrechten vorgeht“ [1]). Es kann der nachstehende Pfandgläubiger nicht mehr Recht haben, als sein Rechtsurheber, der Gläubiger, nach Bestellung des vorgehenden Pfandrechts noch selber hat [2]). Daß freilich von einer „dinglichen“ Sicherung des ersten Pfandgläubigers, von einer „absolut wirkenden Beschränkung“ [3]) bei einem rein persönlichen Rechte nicht kann die Rede sein, dies ist an andrer Stelle nachgewiesen worden.

Unserer Auffassung nach handelt es sich also auch für das Recht des BGB. [4]) bei dem durch die Forderungsverpfändung für

---

[1]) § 1290 BGB.

[2]) Planck, Anm. 2 zu § 1290.

[3]) P. Kretschmar, 188.

[4]) Das preuß. ALR. §§ 281 ff. I, 20 zeigt die unverkennbare Tendenz, das Forderungspfandrecht in weitgehendstem Maße den sachenpfandrechtlichen Grundsätzen zu unterstellen. Auf dem Cessionsgedanken fußt aber § 1 der Königl. Verordnung vom 9. XII. 1809 (GS. S. 621). Das österreichische BGB. hat sich ausdrücklicher Bestimmungen über die Forderungsverpfändung enthalten. Nach § 503 des sächsischen BGB. ist die Forderungsverpfändung „als eine auf den Fall der Nichtzahlung des dadurch gesicherten Anspruchs geschehene Abtretung der Forderung zum Zwecke der Erhebung und nötigenfalls Einklagung zu betrachten“.

den Pfandgläubiger geschaffenen Recht um ein rein persönliches Recht, entstanden aus der Forderung des Verpfänders im Wege einer durch den einem jeden Pfandrecht eigenen Sicherungs- und Befriedigungszweck individualisierten, also materiellrechtlich beschränkten Cession.

A. Favorke, vorm. Eduard Trewendt's Buchdruckerei, Breslau.